

Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio

*Analysis of the protection of
the purchaser of a home under
construction about advanced amounts
to developer as particulo of price*

por

DRA. MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO
Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, ha modificado la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que aborda dos cuestiones fundamentalmente: cómo garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por el adquirente de una vivienda en fase de construcción al promotor; y de qué modo asegurar que el destino de las cantidades anticipadas sea su construcción a través de su depósito en una cuenta especial de una entidad de crédito. Aunque la nueva redacción mantiene idénticas medidas a las que ya aportaba la

Ley 57/1968, de 27 de julio, también es cierto que el legislador ha introducido cambios sustanciales que afectan tanto a su ámbito de aplicación como a la responsabilidad de los agentes intervenientes en el proceso de edificación.

ABSTRACT: The Law 20/2015, of July 14th, on Ordinance, Supervision and Solvency of Insurance and Reinsurance Companies, has modified the First Additional Rule of the Law 38/1999, of November 5th, of Ordinance on Construction, which fundamentally tackles two issues: how to insure the return of the delivered amounts as particulo of price by the purchaser of a home under construction to the developer; and how to check the advanced amounts is assigned to the construction making a deposit in a bank special account. Even though the new text maintains the same measures that the Law 57/1968, of July 27th, provided with, it is also true the legislator introduces essential changes which concern its scope as well as the responsibility of the agents participating in the process of construction.

PALABRAS CLAVE: Garantías. Contrato de seguro. Aval bancario. Entidad bancaria. Consumidor. Adquirente. Promotor y contrato de compraventa.

KEY WORDS: Warrants. Insurance contract. Bank guarantee. Banking entity. Consumer. Purchaser. Developer and contract of sale.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: 1. ÁMBITO SUBJETIVO: A) *Sujetos obligados y garantes.* B) *Sujetos protegidos.* 2. ÁMBITO OBJETIVO: A) *Las cantidades anticipadas.* B) *La adquisición de una vivienda.* C) *El delito de apropiación indebida y las sanciones administrativas.* 3. LAS GARANTÍAS: A) *Obligación esencial y consecuencias.* B) *El seguro de caución.* C) *El aval bancario.* D) *El derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato.* E) *El incumplimiento del promotor:* a) ¿Rescisión o resolución del contrato? b) La ejecución de las garantías. c) La prórroga del contrato. 4. LA CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS. 5. LA CUENTA ESPECIAL EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO.—III. CONCLUSIONES.—IV. JURISPRUDENCIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo fundamental de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹ es regular el proceso de edificación². Con este fin se

determina qué obligaciones y responsabilidades deben asumir los agentes que intervienen durante su desarrollo; así como las garantías que han de ofrecer a los adquirentes de la obra con el fin de proteger sus intereses ante los eventuales daños que pueda sufrir la edificación³. Pero el legislador no solo incorpora medidas dirigidas a solventar aquellos problemas vinculados a una ejecución deficiente de la obra, o al incumplimiento de las condiciones básicas de habitabilidad o de seguridad estructural de la misma; también exige garantías a los promotores por la percepción de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de una vivienda con el fin de dedicarlas a la construcción de la misma; situación habitual cuando aquella se adquiere sobre plano. Ahora bien, estas cautelas que establece la disposición adicional primera de la LOE no se pueden definir como novedad legislativa. Razón: la Ley 57/1968, de 27 de julio, ya las reflejaba en unos términos similares, de los que cabía inferir un espíritu tendente a proteger a quien adquiriera una vivienda con el ánimo de constituirla en su domicilio o residencia habitual, aun siendo una Ley anterior a nuestra Constitución de 1978. Es el «estado de necesidad de alojamiento familiar» lo que realmente justificaba que se anticiparan unas cantidades al promotor para construir dicha vivienda. En consecuencia, urgía establecer una serie de medidas tuitivas tendentes a fortalecer la posición del adquirente. Y esto es lo que hizo el legislador: controlar que las cantidades que aquel anticipara se dedicaran a la construcción de la vivienda —y no a otras finalidades diversas—; y exigir la constitución de un aval o de un seguro de caución al promotor como herramientas destinadas a garantizar la devolución de aquellas cantidades en el caso de que el promotor no ejecutara la obra o no la terminara en los plazos acordados; muchas veces debido a su situación de quiebra. De forma clara la STS de 3 de julio de 2013 fundamentó estas obligaciones en que hay que «proteger al adquirente de viviendas en construcción que cumple con parte de su prestación —la entrega de cantidades a cuenta del precio final— sin que el promotor haya cumplido todavía con la que le incumbe —la entrega de la vivienda», y un modo de hacerlo es extendiendo «el número de obligados a responder del buen fin de la construcción», que es lo que sucede con respecto a los avalistas o a los aseguradores con quienes contrata el promotor⁴.

La redacción original de la disposición adicional primera de la LOE solo requería que las cantidades entregadas a cuenta a los promotores o gestores se garantizaran mediante un seguro que indemnizara «el incumplimiento del contrato de forma análoga a lo dispuesto por la Ley 57/1968, de 27 de julio»⁵. Y, por tanto, es cierto que el legislador no incluyó en la LOE la posibilidad de que un aval actuara como garantía de devolución de las cantidades anticipadas. Sin embargo, esto no ha sido óbice para mantener su presencia, máxime cuando no se había producido una derogación, ni expresa ni tácitamente, de la Ley 57/1968. Su vigencia se ha mantenido con los cambios expresamente introducidos por la disposición adicional primera de la LOE, hasta la aprobación

de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, cuya Disposición Final tercera ha modificado la disposición adicional primera de la LOE, y derogado expresamente la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para construcción y venta de viviendas⁶.

Aunque la reforma operada en la disposición adicional primera de la LOE introduce cambios en relación con las garantías exigibles al promotor por las cantidades anticipadas durante el proceso de construcción de una vivienda, no hay que olvidar que alguno de ellos es un reflejo de la doctrina jurisprudencial que hasta entonces había solventado las distintas cuestiones que se habían ido planteando en relación con la aplicación de la derogada Ley 57/1968. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que, aunque el legislador ha optado por una línea continuista, es cierto también que ha incorporado una serie de matices de carácter sustancial que ha modificado su contenido. Sobre ellos vamos a incidir a continuación⁷.

II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

1. ÁMBITO SUBJETIVO

A) *Sujetos obligados y garantes*

La Ley 57/1968, de 27 de julio, exigía unas medidas de aseguramiento a las personas físicas y jurídicas que promovieran «la construcción de viviendas (...) destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial», con respecto a las «entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma» realizadas por parte de los adquirentes de aquellas: garantías de devolución de las cantidades anticipadas y depósito de las mismas en una cuenta especial de una entidad de crédito⁸. La actual redacción de la disposición adicional primera de la LOE sostiene idéntica postura cuando dispone que las obligaciones exigibles recaen sobre «*Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción*»; esto es, sobre el promotor inmobiliario, a quien define el artículo 9.1. de la LOE como «*cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a ter-*

ceros bajo cualquier título». Se incluye a la comunidad de propietarios y a las cooperativas de viviendas, a las que la LOE se refiere expresamente en la citada disposición adicional primera con el ánimo de resolver un tema controvertido⁹. Ahora bien, ¿cómo se gestiona la obligación y la responsabilidad del promotor cuando estamos ante una cooperativa de viviendas o ante una comunidad de propietarios?

Conforme a lo establecido por la Ley 27/1999, de 16 de julio, una cooperativa es una sociedad formada por unas personas que se asocian «en régimen de libre adhesión y baja voluntaria»; ello, con el fin de realizar una actividad empresarial, que en el caso que nos ocupa, será la de la promoción inmobiliaria bajo la siguiente denominación: cooperativa de viviendas. Su capital social estará constituido por las aportaciones de los socios, quienes podrán solicitar su baja voluntaria *ad nutum* o con justa causa, si así se ha acordado en sus Estatutos de funcionamiento. Un órgano colegiado, como es el Consejo Rector, asumirá la gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la cooperativa de vivienda, conforme a lo establecido por la Ley, los Estatutos y los acuerdos adoptados en la Asamblea General. Esta cooperativa de viviendas, según lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley de Cooperativas, podrá adquirir, parcelar y urbanizar terrenos; y una vez construidas las viviendas, adjudicarlas o cederlas *«a los socios mediante cualquier título admitido en derecho»*. En este contexto, ¿qué sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas por la LOE en cuanto a las garantías exigidas por anticipar dinero a cuenta del precio de una vivienda?

La STS de 12 de julio de 2016 abordó una cuestión como la planteada anteriormente cuando el socio de una cooperativa de viviendas solicitó la resolución de un contrato de compraventa de vivienda sobre plano, justificando su petición en el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales por parte de la cooperativa y de su gestora: la ausencia de un aval o seguro que garantizara las cantidades anticipadas a cuenta por el socio¹⁰. Por su parte, la cooperativa alegó que no existía un contrato de compraventa de vivienda, sino un contrato de inscripción del socio con la cooperativa, razón por la que no cabía hablar de resolución de contrato, y sí de baja, cuyos efectos serían los de recuperar unas aportaciones económicas que no podrían ser consideradas como parte adelantada del precio de una vivienda. En consecuencia, la cooperativa no estaba obligada a avalar o asegurar las cantidades entregadas por los socios, ya que son estos quienes se convierten en promotores. Ahora bien, si bien es cierto que la incorporación del socio a la cooperativa no se puede definir como un contrato de compraventa, en aplicación de la Ley 57/1968, el Alto Tribunal precisa que el legislador no se refiere al comprador, sino al cesionario, razón por la que este puede exigir también el aseguramiento de las aportaciones realizadas a la cooperativa¹¹.

De acuerdo con la doctrina aportada por el Tribunal Supremo, y a la luz de lo que expresamente prevé la disposición adicional primera de la LOE,

un cooperativista puede exigir las medidas tuitivas destinadas a garantizar la recuperación de las cantidades anticipadas a la cooperativa, siempre que no se trate de solventar una cuestión relacionada con una baja voluntaria, claro está. La causa que ha de justificar la restitución debe ser la del incumplimiento de las obligaciones por parte de la cooperativa: «*la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda*». En consecuencia, la sociedad cooperativa, que promueve la construcción de viviendas, actúa como sujeto obligado a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas. Sin embargo, si se incumpliera con esta obligación, la responsabilidad no la debe soportar el resto de los cooperativistas, porque son sujetos afectados también. Esta ha de recaer sobre la Junta Rectora o sociedad gestora, que es generalmente una sociedad mercantil que se dedica a gestionar cooperativas, aunque no sea la perceptora de las cantidades anticipadas.

Si es una comunidad de propietarios la que actúa como promotora, se debe aplicar idéntica responsabilidad a la planteada en el ámbito de la cooperativa de viviendas en relación con el gestor de la comunidad. Razón: los comuneros, que comparten un derecho sobre el suelo, que se traduce en una cuota de participación, promueven la construcción de unas viviendas que finalmente van a ser adjudicadas.

El promotor es quien actúa como sujeto obligado. Sin embargo, las aseguradoras o las entidades de crédito no actúan en concepto de tal. Deben ser calificadas como garantes porque su función es asegurar o afianzar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de la vivienda, en el caso de que el promotor no cumpla con la obligación que le corresponde¹².

B) Sujetos protegidos

El sujeto destinatario de las medidas de aseguramiento previstas por la disposición adicional primera LOE es el adquirente de una vivienda pendiente o en construcción. ¿Es un término equivalente al de comprador? No parece que así sea. Razón: el legislador se refiere al contrato de compraventa con un carácter ejemplificador, pero en ningún caso con un ánimo exhaustivo, porque incluye también expresamente a los contratos de adhesión en el caso de una promoción o a cualquier otro «*instrumento jurídico equivalente*». La propia Ley 57/1968 ya protegía a «los cesionarios» y obligaba al «cedente» a la devolución de las cantidades percibidas por él en el ámbito de un contrato de «cesión de vivienda». Tales términos por sí solo reflejaban que las medidas tuitivas no iban unidas siempre a un contrato de compraventa.

La LOE sustituye el término genérico de «cesionario» por el de «adquirente», cuyo contenido incluye no solo a quienes compran una vivienda, sino también a todos aquellos que reciben la titularidad de un derecho sobre una

vivienda distinto del dominio. La STS de 25 de octubre de 2011 así lo reconoció en cuanto a la adquisición de derecho de aprovechamiento por turno. A este podríamos añadir el derecho de superficie. Razón: el superficiario es un sujeto que dispone de un derecho real sobre un inmueble que le va a permitir edificar sobre el mismo y mantener después la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas¹³. Concurren el propietario del suelo, que es quien constituye el derecho de superficie, y el superficiario, que es quien disfruta de un derecho real en cosa ajena que le permite edificar¹⁴. Este último podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal, y transmitir como fincas independientes las viviendas derivadas de la misma, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo. En consecuencia, la disposición adicional primera de la LOE también debe proteger a quienes anticipan cantidades dedicadas a la construcción de una vivienda por parte de quien disfruta de un derecho de superficie.

¿Cabría aplicar la disposición adicional primera de la LOE a un contrato de permuta de piso futuro por solar? No, en la medida en que lo que se trata de garantizar es la devolución de unas cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda, y en la permuta no existe dinero de por medio. Sin embargo, sí se puede aplicar si el negocio es mixto: se permuta solar por un 50% de un piso futuro, mientras que la parte restante se acaba comprando. Por supuesto, en tal caso habría que estar a lo dispuesto por el artículo 1446 del Código Civil para definir qué tipo de contrato se ha celebrado; si es permuta o compraventa. Si las partes no se hubieran pronunciado al respecto, habría que tener en cuenta el valor del objeto. Si es compra, no hay duda alguna sobre la aplicación de las garantías establecidas por la LOE. Si es permuta, entiendo que también en cuanto a la parte consistente en la entrega de dinero, ya que la LOE habla de adquirente y no de comprador exclusivamente¹⁵.

En consecuencia, el término «adquirente» no es sinónimo de «comprador», aunque cabría preguntarse si aquel debe ser calificado como consumidor. Al respecto, la STS de 11 de abril de 2013 ha considerado que la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta tiene carácter contractual, aunque se hace innecesario exigir que el adquirente tenga la condición de consumidor. Aunque la STS de 8 de marzo de 2001 lo tuvo claro: «la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda —bien generalmente esencial para la vida—, que está en fase de planificación o construcción». En el mismo sentido se pronunció la STS de 20 de enero de 2015, al mantener que la Ley 57/1968 debía ser interpretada siempre desde el punto de vista de la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada. Ha abundado en la misma idea la STS de 1 de junio de 2016 al analizar esta cuestión en el siguiente supuesto: un promotor inmobiliario que había ido adquiriendo otras viviendas en España, incluyendo varias de la promotora demandada, solicitaba la

protección que establecía la Ley 57/1968 en cuanto a las cantidades anticipadas. El Alto Tribunal sostuvo que el comprador no podía acogerse a lo dispuesto por la Ley 57/1968 por no reunir este la condición de consumidor. Se trataba de un inversor profesional, y en cuanto tal, las viviendas que adquiría no se destinaban a domicilio o residencia habitual del comprador, sino a la reventa a terceros¹⁶. De esta forma se excluía del marco de protección de la citada a Ley a los profesionales del sector inmobiliario: a quienes invertían en la compra de viviendas en construcción con el ánimo de revenderlas durante el proceso de edificación; sin olvidar también a aquellos compradores que en el momento de otorgamiento de la escritura pública cedían su contrato a otro; muchas veces con una finalidad especulativa. Siendo esto así, la referencia que el legislador hacía a «toda clase de viviendas» en la disposición adicional primera de la LOE antes de su reforma, debía ser interpretada como una expresión dedicada a incluir diversas formas de promoción, entre las que se encontraban las realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. En definitiva, los términos «toda clase de viviendas» debían vincularse a la naturaleza de la promoción o régimen de la vivienda que se comprara. Por consiguiente, la protección no debía extenderse a todo tipo de compradores de viviendas; solo a aquellos que actuaran como consumidores. Ahora bien, tal y como ha sostenido la STS de 9 de septiembre de 2015, que el comprador no fuera el destinatario final de la vivienda, no significa que no se pudiera pactar con el vendedor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas conforme a lo dispuesto por la Ley 57/1968. En tal caso, el origen de esta obligación se encontraría en el pacto, pero no en la citada Ley.

La nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE, tras la modificación operada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, genera dudas en cuanto a la postura que se debe sostener sobre qué naturaleza ha de tener el sujeto que se protege. Cabría aplicar una interpretación teleológica de la Ley, y defender que a quien se ampara es al consumidor final, y no al que adquiere una vivienda en el ámbito del desarrollo de su actividad profesional o empresarial. Sin embargo, una interpretación estricta de los términos empleados nos alejaría de esta idea, puesto que el legislador se refiere a la construcción sin establecer ningún vínculo entre el objeto y su finalidad. El destino de la vivienda resultaría irrelevante ya que, tras los cambios operados en la disposición adicional primera de la LOE, se prescinde de la sujeción del inmueble a un uso residencial. Tan solo se emplea el término «vivienda»; una conclusión que supondría una ruptura con respecto a la línea jurisprudencial sostenida en cuanto a la interpretación de la Ley 57/1968.

Para dar una respuesta adecuada a la cuestión que se plantea sobre si es necesario que concurre en el adquirente la condición de consumidor, a fin de aplicar las medidas protectoras que establece la disposición adicional primera de la LOE en cuanto a las cantidades anticipadas, hay que realizar una interpretación contextual de la misma. De esta se podría inferir que si su número Siete aplica

un régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios al promotor que incumple sus obligaciones, el sujeto protegido deberá reunir la condición de destinatario final, cuya noción se incluye en el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre: es consumidor quien actúa con «*un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*». Desde esta perspectiva, el profesional dedicado a la compraventa de viviendas queda excluido. No así aquellas personas jurídicas que adquieren una vivienda sin ánimo de lucro «*en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial*»; ni tampoco aquellas personas físicas que la compran con el fin de realizar, por ejemplo, una inversión familiar. La STS de 19 de diciembre de 2017 ya analizó el concepto de adquirente como consumidor en el marco de la Ley de aprovechamiento por turno a los efectos de considerar que se puede calificar como tal a quien adquiere un inmueble para dedicarlo a su reventa. El criterio para discernir si es, o no, un consumidor no es el ánimo de lucro, si se refiere a una concreta operación. Solo cuando realice actividades con regularidad en un periodo corto de tiempo, se podrá afirmar que actúa como un empresario o un profesional, dado que la «habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario». Esta postura se puede aplicar también al concepto de adquirente que se emplea en la disposición adicional primera de la LOE, en cuyo caso hay que sostener que la devolución y el destino del dinero anticipado al promotor para la construcción de una vivienda son aspectos que deben ser garantizados a quien adquiere como consumidor; con independencia del destino a que se dedique el inmueble adquirido, siempre y cuando se den las condiciones descritas que lo alejan del concepto de actividad empresarial o profesional por tratarse de un acto ocasional. El legislador tan solo acota el uso al que ha de dedicarse el inmueble adquirido, que no es otro que el de vivienda, pero sin hacer ninguna otra discriminación al respecto.

2. ÁMBITO OBJETIVO

Conforme a lo dispuesto por la disposición adicional primera, el promotor debe garantizar «*la devolución de las cantidades entregadas*» por los adquirentes para la construcción de las viviendas. En consecuencia, hay que analizar dos aspectos: qué contenido han de tener las cantidades anticipadas a cuenta del precio por el adquirente de la vivienda y cómo se han de abonar; así como la finalidad a la que se debe destinar el dinero percibido por el promotor.

A) *Las cantidades anticipadas*

Bajo el título «*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*», se pretende garantizar al adquirente de una vivienda la devolu-

ción del dinero anticipado con este fin para cuando aquella «*no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*». Por tanto, tales cantidades habrán de imputarse siempre al precio del inmueble acordado.

Nada se establece sobre cómo ha de realizarse la entrega de las cantidades a cuenta del precio de la vivienda por parte del adquirente, aspecto que sí precisaba la disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma, ya que esta extendía la garantía prevista en la Ley 57/1968 a las cantidades entregadas «en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario», cuyo pago tenía que ser domiciliado en una cuenta especial. No obstante, ello no es óbice para admitir como medio de pago una transferencia bancaria o la entrega de unos efectos bancarios (por ej., un cheque o una letra de cambio)¹⁷. El número Dos de la disposición citada incluye estos medios de modo colateral cuando se refiere a la entrega de forma anticipada de «*las cantidades o los efectos comerciales*», al describir la adquisición del inmueble que justifica la suscripción de una póliza de seguro. Al fin y al cabo, todos ellos son instrumentos reconocidos como medios de pago a la luz de lo dispuesto por el artículo 1170 Código Civil. Aunque sí se debe precisar que la entrega de «*pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado*». Esto se traduce en la siguiente idea: hay que tener en cuenta si la letra es pagadera a la vista o si tiene fecha de vencimiento porque, si en el momento de ejecutar las garantías previstas en la LOE, aquél no se ha producido, se suscita la siguiente pregunta: ¿puede el promotor oponer como excepción que las letras entregadas por el adquirente no han vencido aún a fin de evitar la reclamación de cantidad por parte de este? CARRASCO ha considerado que ni el promotor ni el asegurador pueden oponer que los pagos no se hayan realizado todavía, y que por ello nada tengan que devolver¹⁸. Sin embargo, con esta postura se orilla la naturaleza documental que tiene la letra de cambio que se fundamenta en su consideración como medio de pago, y no como acto jurídico equivalente al pago en efectivo¹⁹. Hasta su vencimiento no opera todos sus efectos, salvo que las partes otorguen a este documento mercantil otro valor distinto a los efectos de las garantías que prevé el legislador en la disposición adicional primera de la LOE.

En cuanto a las consecuencias derivadas del descuento de las letras de cambio, como instrumento a utilizar por el promotor para obtener una liquidez o financiación necesaria con el objetivo de proceder con la construcción de la vivienda, mediante la anticipación del importe no vencido aún de la letra por parte de un Banco, a través de una operación de endoso o cesión de aquella a la entidad, se plantea si ello repercute sobre las cantidades sujetas a garantía, o no, en el marco de la LOE. Queda claro que el promotor tiene la obligación de depositar el dinero obtenido con el descuento bancario en la cuenta especial exigible. Siendo esto así, ¿qué régimen se debe aplicar en caso de incumplimien-

to? Para dar respuesta a esta pregunta, se han de tener en cuenta dos opciones: una aboga por sostener la naturaleza formalista de la letra de cambio prevista en la Ley Cambiaria y del Cheque; mientras que la otra se justifica en el carácter garantista establecido en la LOE²⁰. Si se opta por esta última postura, la excepción de incumplimiento contractual por falta de entrega de vivienda al adquirente de la misma, será oponible a la entidad bancaria ante la realización del efecto cambiario, ya que el importe de la letra de cambio tendrá que ser en todo caso destinado a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes en los términos previstos por la LOE. No obstante, esta posición no tiene en cuenta el carácter abstracto y autónomo de las letras cambiarias. La STS de 24 abril de 2014 aplica la Ley Cambiaria y del Cheque, y considera que «*el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante quien, si le han sido entregadas las letras para su descuento, tendrá derecho, en caso de impago, a dirigirse contra los obligados cambiarios al vencimiento de cada una de las letras, sin que pueda oponérsele las excepciones derivadas del incumplimiento de aquellas obligaciones del vendedor a quién descontó las letras*»²¹. Se considera al Banco descontante como mero tenedor de la letra de cambio que le ha entregado el promotor, y, por ello, se le aplica el régimen de excepciones oponibles al pago de la letra por parte de los obligados cambiarios. En consecuencia, en cuanto tenedor del efecto bancario, podrá dirigirse contra el adquirente de la vivienda al vencimiento de cada una de las letras de cambio que descontó, sin que este, como librado, pueda oponer las excepciones derivadas de la disposición adicional primera de la LOE.

Otra de las cuestiones a plantear se basa en determinar qué consideración han de tener aquellas cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales al promotor, ya que es cierto que la función, desde una perspectiva estricta del término, es la de actuar como medio de compensación por los daños sufridos en el caso de que una de las partes se arrepienta del contrato y lo quiera dejar sin efecto. Si este ocurriera en los términos planteados por el artículo 1454 del Código Civil, el promotor estaría obligado a restituir las cantidades anticipadas en concepto de arras penitenciales al adquirente de la vivienda. ¿Esto significa que la devolución de lo entregado en concepto de arras se ha de garantizar de acuerdo a lo establecido por la LOE? Si es así, ¿el promotor debe depositar la cantidad entregada en dicho concepto en la cuenta especial de una entidad de crédito?

La Ley 57/1968 no se pronunciaba de forma meridiana en cuanto a las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales. Tan solo expresaba que todas las cantidades anticipadas por los «cesionarios» al promotor «antes de iniciar la construcción o durante la misma», quedaban garantizadas. Sin embargo, el legislador sí precisaba que las cantidades podían ser percibidas por el promotor antes o durante la construcción. Con tales términos se podía incluir cualquier cantidad adelantada que se vinculara a la construcción de la vivienda,

aunque no con carácter intrínseco a ella; que es lo que sucede con el dinero recibido en concepto de arras penitenciales, puesto que su fin no es financiar aquella, sino garantizar el perfeccionamiento de un contrato. La propia STS de 25 de octubre de 2011 así lo destacó al afirmar que «no tiene importancia el concepto en que se cobren dichas sumas, aunque se les llame arras o señal».

A la luz de los términos empleados en la disposición adicional primera de la LOE, la conclusión difiere de la sostenida con respecto a la Ley 57/1968. Si la función de las arras penitenciales no es anticipar unos recursos pecuniarios para que el promotor pueda financiar la construcción de la vivienda adquirida, y la LOE exige este requisito, habrá que sostener la exclusión de estas cantidades de su ámbito de aplicación. Ahora bien, los efectos del derecho de desistimiento se extinguirán una vez transcurrido el plazo fijado o, a falta de señalamiento del mismo, una vez ejecutado el contrato de adquisición de la vivienda en los términos acordados por las partes²². A partir de este momento, el criterio a aplicar debe cambiar. Lo entregado en concepto de arras modifica su naturaleza. Se produce una novación objetiva que permite imputar las cantidades recibidas al precio de adquisición de una vivienda en construcción, en cuyo caso se debe garantizar su destino y, en su caso, su restitución en los términos establecidos por el legislador.

Uno de los cambios sustanciales que se introduce en la nueva disposición adicional primera de la LOE afecta a las cantidades anticipadas por los socios de una cooperativa de viviendas con cargo a los proyectos de los promotores, antes de iniciar la edificación o durante la misma²³. Tras la reforma operada en la LOE, se debe garantizar solo el dinero percibido por el promotor *«desde la obtención de la licencia de edificación»*. Esto no se traduce en prohibir que este pueda recibir cantidades con anterioridad a ese momento. Si esto sucediera, el adquirente podría ejercitar también la acción resolutoria oportuna, dejar sin efectos el contrato y solicitar la restitución de las cantidades anticipadas. Lo determinante es la ausencia de unas medidas de aseguramiento impuestas legalmente al promotor con el fin de garantizar su devolución y, por tanto, atenuar el riesgo de incumplimiento del contrato. No así que estas se puedan pactar entre las partes²⁴.

¿Se debe hacer extensivo lo dispuesto por el apartado a) del párrafo 1 del número Uno de la disposición adicional primera de la LOE a lo que dispone el apartado b), y aplicar idéntico requisito en cuanto al depósito obligado del dinero recibido en una cuenta especial de una entidad de crédito? Una interpretación estricta de los términos empleados en este último apartado conduce a la conclusión de que todas las cantidades percibidas por el promotor *«a través de entidades de crédito»*, con el objetivo de dedicarlas a *«atenciones derivadas de la construcción de las viviendas»*, deben ser depositadas en una cuenta especial. Nada indica sobre el momento a partir del cual surge esta obligación legal. Por tanto, hay que analizar la naturaleza del pago realizado. Si su entrega tiene como

destino la construcción de la vivienda adquirida, aquella debería estar sujeta a lo dispuesto por la LOE, aunque hubiera sido realizado antes de la concesión de la licencia de edificación.

B) La adquisición de una vivienda

Que la intención del legislador es proteger a quien anticipa entregas de dinero a un promotor para «*la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*», queda claro a la luz de los términos que se emplean en la disposición adicional primera de la LOE. Ahora bien, no se precisa la finalidad que debe tener la vivienda adquirida, a diferencia de lo que sucedía en la derogada Ley 57/1968, donde esta debía ser la de domicilio o residencia familiar, bien con carácter permanente, bien de naturaleza temporal, accidental o circunstancial. Se vinculaba la exigencia de unas medidas aseguradoras al promotor con respecto a las cantidades adelantadas por los adquirentes, al propósito final perseguido con la adquisición de la vivienda. Sin embargo, actualmente la nueva redacción se centra en el objeto que se pretende adquirir —la vivienda—, y no en el destino al que se va a dedicar. ¿Qué consecuencias conlleva esta nueva postura legislativa?

El primer efecto es el que se deriva de una interpretación *a contrario* de lo dispuesto en la LOE: exclusión de todos aquellos bienes inmuebles que no son considerados vivienda. La devolución del dinero anticipado para la adquisición de garajes, trasteros o locales no está garantizada en los términos establecidos por la disposición adicional primera de la LOE, salvo que estos sean definidos como anejos inseparables de una vivienda, o que las partes pacten una medida de aseguramiento al respecto.

Asimismo, no se precisa que el adquirente deba dedicar la vivienda adquirida para su uso residencial, en cuyo caso se permite incluir todas aquellas adquisiciones fundamentadas en una inversión familiar. Basta con que el inmueble se califique como vivienda, y que su adquisición se produzca fuera del desarrollo de una actividad profesional o empresarial, para que el adquirente reclame las medidas de aseguramiento establecidas en relación con las cantidades anticipadas²⁵.

En cuanto a las viviendas de protección oficial, la Ley 57/1968 las excluía expresamente. Sin embargo, la disposición adicional primera de la LOE no prevé esta excepción. Por tanto, se aconseja incluir también este tipo de adquisiciones en su ámbito de aplicación²⁶. Ello, aunque no se pronuncie expresamente, como sí lo hace en relación con las viviendas que se «*realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*»; algo que ya preveía la propia disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma, al extender la aplicación de la Ley 57/968 a este tipo de viviendas. Si bien es cierto, que las

cantidades entregadas en régimen de cooperativa a veces tienen como destino la adquisición del terreno donde se va a proceder a realizar la correspondiente edificación. Estas aportaciones, que actúan como una fuente de financiación para quien actúa como promotor, no van a estar garantizadas en los términos previstos por la LOE: su finalidad no es la propia construcción directa de la vivienda; y el momento de su entrega es anterior al de la obtención de la licencia de edificación²⁷.

Finalmente, matizar que, aunque la disposición adicional primera de la LOE obliga a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas a quienes «promuevan la construcción de toda clase de viviendas», esto no debe ser interpretado exclusivamente en unos términos en los que solo tengan cabida las edificaciones *ex novo*. Si se realiza una interpretación extensiva del término «construcción», cabría incluir en este concepto toda promoción dedicada a la reforma estructural de un edificio dedicado a un uso residencial por la novedad que estas obras pueden conllevar (por ej., modificando el número de viviendas asignadas a un edificio o su propia cabida). Sin embargo, no parece oportuno vincular las obras de mejora y mantenimiento de una vivienda o de un edificio al concepto de «edificación», razón por la que las cantidades anticipadas por tales motivos no estarían sujetas a lo dispuesto por la citada disposición adicional.

C) *El delito de apropiación indebida y las sanciones administrativas*

Queda claro que el destino de las cantidades anticipadas al promotor es la construcción de una vivienda. Esta es la razón por la que se puede imputar un delito de apropiación indebida al promotor que distrae tales cantidades a otros fines diversos²⁸. El artículo 252 del Código Penal dispone al respecto que «*Serán punibles (...) los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*». La STS (Sala Segunda) de 6 de marzo de 2014 ya precisó que quien recibe cantidades anticipadas queda constituido como un administrador, «cuya remuneración es la ganancia que puede obtener de la diferencia entre la cantidad recibida como precio y la empleada en la construcción».

El incumplimiento de las obligaciones legales de garantía y la falta de ingreso de los fondos recibidos en una cuenta especial se considera un indicio del delito de apropiación indebida, para evitar así reclamar a la víctima una prueba diabólica²⁹. En consecuencia, si el vendedor no dedica las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda, y tampoco garantiza la devolución del dinero recibido por el comprador, tal y como le exige la Ley, podría incurrir en un delito de la naturaleza descrita. La STS (Sala Segunda) de 12 de

febrero de 2016 hace hincapié en que se infiere claramente la necesidad «de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas» de la disposición adicional primera de la LOE. Es una norma imperativa con una clara repercusión penal si el promotor no cumple con la citada obligación y dispone ilícitamente de aquellas, «aunque sea una utilización temporal y con la intención de entregar la vivienda comprometida, comportamiento que inicia, pero no consuma, el delito de apropiación indebida». En este sentido, es un delito que solo se perfecciona y, por tanto, daña el patrimonio del adquirente cuando «el resultado perjudicial se produce de modo irreversible». Esto es, cuando se establece «un punto sin retorno». La STS (Sala Segunda) de 23 de noviembre de 2017 ya advierte que no resulta suficiente con que el promotor incumpla con sus obligaciones legales expuestas anteriormente para tipificar el delito de apropiación indebida. Es necesario que además concurran otros elementos propios del mismo. «Es claro que el principio de culpabilidad que inspira todo nuestro sistema de justicia penal, impide/impediría todo automatismo punitivo sin la existencia del reproche de la acción al autor, es decir, de su culpabilidad». Por ello, si el promotor no cumple con sus obligaciones legales, y además no entrega la vivienda adquirida, ni restituye el dinero recibido para su construcción, ello sí generará un claro perjuicio al adquirente de la misma, comportamiento al que se podría aplicar el tipo penal de la apropiación indebida.

En definitiva, se permite al promotor disponer del dinero anticipado por el adquirente de la vivienda e ingresado en una cuenta especial de una entidad de crédito, siempre que lo dedique a su construcción porque las cantidades entregadas sirven como fuente de financiación. Ahora bien, lo que se trata de evitar es que quien adquiera una vivienda se convierta en un socio inversor del promotor, y que las cantidades adelantadas se utilicen como anticipo de un préstamo, sin interés ni garantía, con el ánimo de sufragar los gastos derivados de la obra, haciendo recaer los riesgos derivados de su ejecución en el propio adquirente de la vivienda. De ahí que los fondos recibidos por el promotor tengan que separarse de aquellos otros que forman parte de su patrimonio particular o del perteneciente a otras promociones. Sin embargo, es cierto que el incumplimiento de las obligaciones dispuestas por la LOE sobre esta materia conlleva, en principio, una serie de sanciones administrativas; que solo podrá constituirse como delito de apropiación indebida cuando el adquirente no pueda recuperar su dinero, ni tampoco recibir la vivienda. Asimismo, la STS (Sala Segunda) de 23 de mayo de 2017 consideró que podría apreciarse delito de estafa solo cuando existieran elementos que lo justificaran; entre ellos un engaño determinante del acto dispositivo³⁰. Por esta razón, la STS (Sala Segunda) de 5 de junio de 2017 mantiene que lo importante es que el promotor haya dedicado las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda a una finalidad distinta de la construcción, con independencia de cuál sea esta. Pero, su conducta solo será constitutiva de delito de apropiación indebida cuando cumpla los criterios

necesarios para ello. No basta con que el promotor utilice el dinero recibido para una finalidad distinta de la construcción. La STS de 25 de enero de 2018 aprecia que, aunque el promotor no cumpla con sus obligaciones legales de apertura de una cuenta especial y de dedicación del dinero recibido a la construcción de la vivienda, confundiéndolo con otros patrimonios de otras promociones, si devuelve lo recibido o «acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida —aunque no esté acabada—, podrá existir una responsabilidad administrativa», pero no se le podrá imputar un delito de apropiación indebida.

En la STS (Sala Segunda), de 18 de enero de 2018 se valora si cabe imputar un delito de apropiación indebida al promotor que, una vez terminada la obra, no accede a otorgar escritura pública porque ello implicaba cancelar la hipoteca con el dinero percibido. Decide destinarlo a otras finalidades distintas de la empresa y solicita, después, el concurso de acreedores voluntario al no disponer de liquidez suficiente para proceder a la cancelación de la hipoteca correspondiente. El Alto Tribunal considera que concurre el tipo penal de apropiación indebida porque el comportamiento de aquel imposibilitó la entrega de la vivienda y la devolución del dinero recibido, aspecto que fundamentó el elemento objetivo, junto al dolo del promotor, que constituyó el elemento subjetivo. Consuma una «distracción» porque no se acredita la posibilidad de retornar para cumplir aquella obligación de extinguir el gravamen y otorgar coetáneamente la escritura pública de venta. Es una conducta ilícita que impide devolver lo percibido para la construcción de modo definitivo, y no con carácter temporal; ello, aunque no quede acreditada la incorporación del dinero recibido a su patrimonio, sino tan solo su distracción al aplicarlo a unos fines distintos de los legitimados en el título. De acuerdo a lo previsto por el artículo 253 del Código Penal, el Tribunal Supremo entiende que existe apropiación indebida cuando se dispone de las cantidades recibidas con carácter definitivo en perjuicio de su titular, no así cuando se usan de modo abusivo si ello no implica una pérdida de las mismas, en cuyo caso tan solo se le debe imputar un acto de administración desleal.

3. LAS GARANTÍAS

A) *Obligación esencial y consecuencias*

La disposición adicional primera de la LOE exige al promotor garantizar, «desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda»³¹. El incumplimiento

de los plazos acordados para el inicio de la construcción o para la entrega de la vivienda en las condiciones pactadas, o la falta de la cédula de habitabilidad o documento equivalente determinantes de que la vivienda no ha llegado «*a buen fin*», se constituyen en los hechos que se van a calificar como siniestros, cuya presencia desencadenará los efectos de la póliza o del aval.

Conforme a la jurisprudencia, la obligación de garantizar las cantidades anticipadas que se impone al promotor, se define como esencial, y no como accesoria³². Son medidas de aseguramiento que el promotor debe aportar en un contexto de reciprocidad. En consecuencia, el adquirente de la vivienda podrá exigir la constitución de las garantías o resolver el contrato si el promotor no cumpliera con esta obligación; una opción que ya expresó el Alto Tribunal, en la sentencia de 2 de febrero de 2017, en relación con lo dispuesto por la derogada Ley 57/1968. Aplicó el artículo 1124 del Código Civil, y destacó que el vendedor no puede resolver el contrato si, «en aquella tesitura de omisión de garantías, es el comprador quien no atiende a los pagos parciales a cuenta del precio»³³. La STS de 15 de noviembre de 2017 se pronunció en el mismo sentido al considerar que cuando la obra se encuentra en fase de proyecto o en construcción, «el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada», si el aval no se otorga, «como proceder a la resolución del contrato», si una vez anticipada una cantidad a cuenta del precio de la vivienda por el adquirente, el promotor «se niega a otorgar el preceptivo aval». Esta obligación subsistirá mientras tenga «sentido la constitución o continuidad de la garantía»³⁴. La causa que justifica cualquiera de las garantías decaerá cuando la vivienda se entregue al adquirente, momento a partir del cual lo que se valorará es el cumplimiento de lo pactado en el contrato³⁵.

La redacción actual de la disposición adicional primera de la LOE mantiene la misma postura que la Ley 57/1968, y admite que el promotor sea quien decida qué garantía constituir a fin de cumplir con la obligación legal de aseguramiento que se le exige: seguro de caución o aval bancario.

B) El seguro de caución

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro establece que, mediante el contrato de seguro, el asegurador se obliga a indemnizar «*el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*», a cambio del cobro de una prima, «*y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados*». De una manera más concreta, el artículo 68 de la citada Ley se refiere al seguro de caución que sirve para que el asegurador, «*en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales*», indemnice

al asegurado a título de resarcimiento o penalidad por los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos por la Ley o el contrato. «*Todo pago hecho por el asegurador deberá ser reembolsado por el tomador del seguro*». A este tipo de aseguramiento se refiere la disposición adicional primera de la LOE, que es el habitual en el ámbito de la construcción, ya que permite al adquirente, una vez solicitada la resolución del contrato de compraventa, reclamar la devolución de las cantidades anticipadas al garante. Sin embargo, pese a que el legislador se refiere al seguro de caución, resulta discutible vislumbrar el daño en que se fundamenta la indemnización una vez producido el siniestro. Su finalidad se aproxima más bien al afianzamiento que al ámbito de los seguros, ya que la aseguradora actúa como garante del cumplimiento de una obligación dineraria atribuible al tomador del seguro, que es el promotor, frente al adquirente de la vivienda, que es el asegurado.

El legislador enumera las condiciones que debe cumplir el seguro de caución a fin de que este desempeñe la función de garantía que se le exige al promotor. De ellas cabe destacar la novedad que implica compelerle a suscribir «*una póliza de seguro individual por cada adquirente*». Se abandona el sistema de doble póliza sostenido por la derogada Ley 57/1968 con el fin de evitar aquellas situaciones en las que existía una póliza colectiva, pero no así una póliza individual que se ajustara a las condiciones concretas de adquisición de una vivienda. Aunque la jurisprudencia ha mantenido la protección absoluta del adquirente en cuanto a las cantidades anticipadas con base en la póliza global ante la ausencia de la individual, se ha optado por imponer al promotor la obligación de suscribir una póliza individual que incluya «*la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato*» más el interés legal del dinero computable «*desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*», a lo que habría que añadir los impuestos aplicables al caso³⁶. Por consiguiente, el promotor, que es quien actúa como tomador de seguro, pagará la prima que le corresponda «*hasta la elevación a escritura pública*» del contrato de adquisición celebrado, que será actualizada conforme el adquirente vaya aportando las cantidades pactadas, a modo de novación objetiva del seguro, finalidad pretendida con esta reforma. Aunque ahora la cuestión que se plantea con la eliminación de la póliza colectiva es la derivada del incumplimiento por parte del promotor de la obligación de ir actualizando las primas en función del incremento de las cantidades entregadas³⁷. Los términos en los que se expresa la LOE libera a la compañía aseguradora de toda responsabilidad, y parece trasladarla a las entidades de crédito, en cuanto sujetos obligados a exigir al promotor las garantías oportunas sobre las cantidades depositadas en sus cuentas especiales.

Al asegurar que el comienzo de la obra y la entrega de la vivienda se va a realizar en el plazo acordado, el seguro de caución se debe adaptar a este periodo. Por ello, la prórroga acordada entre el promotor y el asegurado no

vinculará al asegurador si este no expresa su consentimiento; ello conforme a la aplicación analógica del artículo 1851 del Código Civil.

C) *El aval bancario*

Las compañías aseguradoras han utilizado el seguro de caución de modo habitual en el ámbito de la construcción. Sin embargo, la disposición adicional primera de la LOE no se refiere exclusivamente a este instrumento jurídico como medio para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de una vivienda. El aval solidario cumple la misma función y, por ello, se mantiene su presencia conforme a la línea continuista marcada por el legislador con respecto a lo dispuesto por la Ley 57/1968³⁸. En este caso son las entidades bancarias las que actúan como avalistas del promotor, quien será avalado en beneficio del adquirente de la vivienda; solo en cuanto a las cantidades entregadas por este último, aunque el aval garantice una cuantía mayor. En este sentido, las aportaciones aplazadas y, por tanto, no entregadas por el adquirente, no quedarán incluidas.

No obstante, se podría formular una cuestión relativa a la naturaleza del aval que la LOE exige al promotor; ello, a fin de determinar si esta garantía se constituye a primer requerimiento o primera demanda. Si esto fuera así, el Banco, en cuanto garante que es, se obligaría frente al beneficiario de la garantía, que es el adquirente de la vivienda, a pagar una cantidad de dinero desde el momento en que este le notificara el incumplimiento del contrato por parte del ordenante de la garantía, que es el promotor, sin necesidad de acreditar este hecho. La autonomía de este tipo de garantías frente al contrato subyacente ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, lo que se ha traducido en la aplicación de unas características distintas de las previstas para la fianza. Por ello, el aval a primera demanda ni tiene carácter subsidiario, ni su naturaleza es accesoria. Su ejecución se desvincula del devenir de la obligación que garantiza, y por tanto solo se puede oponer la *exceptio doli* si la reclamación es contraria a la buena fe. Si no lo es, este tipo de garantías bancarias permitiría al adquirente de la vivienda reclamar la devolución de las cantidades anticipadas sin necesidad de acreditar el incumplimiento del contrato por el promotor.

La disposición adicional primera de la LOE compele al promotor a la constitución de un aval solidario, que no comparte idénticos caracteres a aquellos que se atribuyen al aval de primera demanda o requerimiento. El aval al que se refiere la LOE se asocia al concepto de fianza. Razón: se plantea con un carácter accesorio y subsidiario. La voluntad legislativa no parece ser la de imponer una garantía independiente, ya que su ejecución se hace depender de un evento: que la construcción de la vivienda no se inicie o «*no llegue a buen fin en el plazo convenido*»; un suceso que justificaría la resolución del contrato de

compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas³⁹. El aval se vincula al incumplimiento del contrato que garantiza y a las prestaciones restitutorias que debe realizar el promotor como consecuencia de ello. Por consiguiente, va a depender siempre de que concurran las circunstancias que afectan a la obligación que garantiza. Es necesario acreditar el incumplimiento por parte del promotor ya que la garantía bancaria no opera de modo autónomo en este sentido⁴⁰. Solo se ejecutará cuando «*la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*», y se haya requerido al promotor la restitución de las cantidades entregadas a cuenta. Para que el adquirente pueda reclamar al Banco la devolución de las cantidades anticipadas sin solicitar la resolución del contrato con el promotor, se deberá incluir en el aval la cláusula de primer requerimiento.

En cuanto a la noción de subsidiariedad cabría plantearla como un término antítético al de la solidaridad exigible al aval que debe ofrecer el promotor, pero no como una característica ausente en un aval de primer requerimiento. Incluso, se podría sostener una cierta compatibilidad entre los términos subsidiariedad y solidaridad en el aval si consideramos que su ejecución depende siempre del incumplimiento de la obligación que corresponde al promotor: la restitución de las cantidades anticipadas. Esta postura serviría para justificar lo dispuesto por el número Dos 2 b) *in fine*: «*el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor*».

En definitiva, el aval que exige la LOE no es de primer requerimiento o demanda porque, si así fuera, se estaría incrementando el riesgo a garantizar por las entidades de crédito, frente a la figura utilizada por las aseguradoras. El seguro de caución no es a primer requerimiento, y permite a la compañía aseguradora oponer al asegurado excepciones distintas de las que se derivan de la propia garantía. No basta la mera reclamación para conseguir el abono de las cantidades solicitadas, salvo que se incorpore una cláusula de esta naturaleza en el propio seguro, lo que otorgaría a este contrato una autonomía suficiente con una clara repercusión en su eficacia, ya que esta se desarrollaría tras la solicitud de abono del asegurado⁴¹.

El aval se emite y se mantiene en vigor por la entidad de crédito, «*por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*42. Por tanto, el contenido de la garantía es el mismo que el previsto con respecto al seguro de caución.

Si se produce una novación en cuanto al sujeto avalado, ¿se mantiene la continuidad del aval? La STJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a) de 29 de febrero de 2012, se refiere a este asunto: la promotora originaria cambia por otra cuando la primera entra en concurso de acreedores. Al respecto, ningún

comprador aceptaría la subrogación de un nuevo promotor si ello conllevara la pérdida del aval prestado por las cantidades entregadas. Pero esto no impide exigir que se comunique al avalista, y que este tenga que dar su consentimiento al cambio de promotor para justificar la subsistencia del aval⁴³.

D) El derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato

El número Seis de la disposición adicional primera de la LOE establece que la publicidad sobre una promoción de viviendas, «*con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción*», obliga al promotor a «*hacer constar*» que la edificación se ajustará al cumplimiento de los requisitos exigidos por la LOE, «*haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas*»⁴⁴. Se trata de una medida vinculante, ya que lo incluido en un folleto publicitario va a formar parte del contenido obligacional del contrato de adquisición de una vivienda. En el caso de que las cláusulas pactadas de modo particular difieran de lo establecido en aquel, el adquirente se beneficiará siempre de aquellas condiciones que le resulten más favorables. Se trata de aplicar los criterios previstos en los artículos 1283 y 1288 Código Civil para interpretar los contratos. De ellos se colige que el contrato de adquisición de la vivienda no debe comprender aspectos distintos de aquellos que «*los interesados se propusieron contratar*»; ni tampoco incorporar cláusulas complejas con el ánimo de modificar lo incorporado a través de la publicidad sobre la promoción. La oscuridad no va a favorecer al promotor, si es él quien la ha ocasionado. Abunda en esta idea el artículo 61 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual «*El contenido de la oferta, promoción o publicidad (...), las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*». Añade lo siguiente: «*si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad*».

Tema distinto es el que se deduce de lo dispuesto por el número Tres de la citada disposición adicional de la LOE: «*En los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente: a) Que el promotor se obliga a la devolución al adquirente de las cantidades percibidas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales en caso de que la construcción*

no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda. b) *Referencia al contrato de seguro o aval bancario a los que hace referencia el apartado uno.1.a) de esta disposición, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista. c) Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado».* El legislador aborda el derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato. Obliga al promotor a incluir «expresamente» una serie de menciones obligatorias en el mismo. En consecuencia, ¿ha de atribuirse una naturaleza formal a este contrato de adquisición de vivienda?

Aunque la práctica habitual muestra que los contratos de adquisición de viviendas se realizan por escrito, el principio de libertad de forma está presente. La función del documento en el que se refleja un contrato de esta naturaleza no es la de actuar como un elemento esencial del mismo. Sin embargo, si la voluntad del legislador es procurar que el adquirente disponga de una información sustancial en el momento de la contratación, debería recurrir a una forma expresa como vehículo transmisor de aquella; entendiendo el término «expresamente» como forma escrita. Ahora bien, hay que matizar esta afirmación. Razón: esto no debe traducirse en que todo contrato de adquisición de vivienda sea formal. Solo se refiere a aquellos en los que el adquirente anticipa cantidades a cuenta del precio al promotor. Más aún: lo que debe constar por escrito es solo la información relativa a la obligación que tiene el promotor de restituir las cantidades entregadas, así como las garantías previstas para este fin. Por ello, el segundo párrafo del número Tres de la disposición adicional primera de la LOE dispone que «*En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor (...) hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio*»⁴⁵.

¿Qué consecuencias conlleva que el promotor no informe al adquirente de la vivienda en los términos previstos anteriormente? Para dar respuesta a esta pregunta hay que remitirse a lo dispuesto por el número Siete de la citada disposición adicional, conforme al cual «*El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*. No se establece la posibilidad de anular el contrato por defecto de forma. Sin embargo, resultaría apropiado emplear este recurso en términos semejantes a

los previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para otro tipo de contratos en donde la forma actúa también con vocación informativa⁴⁶.

E) El incumplimiento del promotor

Bajo el número Cuatro de la disposición adicional primera, la LOE establece que «*Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». De ello se deduce que si el promotor incumple el contrato en relación con el plazo de entrega de la vivienda acordado, el adquirente podrá optar entre dos situaciones: la rescisión del contrato o la prórroga del mismo⁴⁷.

a) ¿Rescisión o resolución del contrato?

El promotor debe restituir las cantidades anticipadas a cuenta del precio de adquisición de una vivienda en construcción si el adquirente solicita la rescisión del contrato por incumplimiento. El legislador se refiere a la rescisión, pese a estar abordando una cuestión relativa al incumplimiento del contrato, por lo que resultaría más apropiado hablar de resolución, aunque ambas figuras jurídicas estén dirigidas a dejar sin efectos un contrato válidamente celebrado. Es cierto que los efectos de la rescisión son los de restitución de las prestaciones ejecutadas, pero no hay que olvidar que esta actúa sobre un contrato que adolece de un defecto existente *ab initio*, siendo esta la causa que va a justificar su ineeficacia⁴⁸. Sin embargo, la resolución se basa en una causa sobrevenida como es el incumplimiento; siendo esta la situación que prevé el legislador. El adquirente de la vivienda reclama la resolución del contrato de adquisición de la vivienda porque el promotor no cumple con el término pactado como esencial en cuanto a la entrega de esta última. Se trata de una acción que se infiere claramente de lo ya previsto por el artículo 1124 del Código Civil; y solo para el caso en que el contrato se resuelva. O de una acción en la que el término resulta esencial para fundamentar el incumplimiento resolutorio del contrato. En consecuencia, la razón por la que se prevé expresamente esta situación no es tanto para atribuir un medio de defensa al adquirente ante el incumplimiento del promotor, como para garantizar los resultados derivados del ejercicio de la acción resolutoria:

la devolución de las aportaciones adelantadas por el adquirente de la vivienda, más los intereses legales e impuestos aplicables⁴⁹.

Que se requiera la resolución de contrato como paso previo a la ejecución de cualquiera de las garantías previstas por la LOE parece quedar claro a la luz de lo previsto en el apartado h) del apartado 1 y apartado b) del apartado 2, ambos del número Dos, conforme a los cuales «*En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*», el asegurado o el beneficiario, «*siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta (...), y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución*», podrá reclamar al asegurador o exigir al avalista, el abono de la indemnización o cantidades que correspondan. Tanto si existe un seguro de caución, como si se ha recurrido a la figura del aval solidario, la restitución de las cantidades adelantadas por parte del promotor debe obedecer a una causa: la resolución del contrato por incumplimiento de los plazos acordados con respecto a la entrega de la vivienda. Abunda en esta idea lo previsto por el párrafo c) del apartado 2 del número Dos de la citada disposición adicional al considerar que el aval caduca si, «*Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada*», el adquirente no ha solicitado «*la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas*». Que el asegurado o el beneficiario pueda «*reclamar directamente*» al asegurador o avalista, respectivamente, cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor, no justifica una postura contraria a la mantenida. Razón: en ambos casos, lo que se pretende es asegurar la restitución de la prestación realizada por el adquirente de una vivienda ante el incumplimiento del contrato por parte del promotor, en cuyo caso, como paso previo, habrá que solicitar la resolución del contrato, con independencia de que este se haya extinguido y/o subrogado otro deudor en su posición. Es precisamente este escollo el que se trata de orillar con esta fórmula, que afecta al sujeto obligado a devolver las cantidades anticipadas, pero no a la causa que ha de fundamentar esta obligación: la ineficacia del contrato por una causa sobrevenida como es que «*la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*», y que es el hecho que se va a definir como siniestro en el contrato de seguro, y como causa en la que fundamentar la ejecución del aval.

Tanto el seguro de caución como el aval solidario amparan una situación basada en el incumplimiento de los plazos por parte del promotor; fecha que deberá tener en cuenta el momento de la obtención de la licencia de obra, ya que, sin ella no se podrá iniciar la edificación. Que no se inicie la construcción o esta no llegue «*a buen fin*» es equivalente al incumplimiento definitivo que ha de justificar la resolución del contrato solicitada. La esencialidad del término inicial queda claro, pese a que el número Cuatro de la citada disposición adicional permite al adquirente optar entre rescindir el contrato «*o conceder al*

promotor prórroga, que se hará constar en un cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda. Y es que más que una prórroga del contrato lo que se produce es una novación objetiva del mismo que afecta a los plazos de inicio y/o fin de la construcción de la vivienda.

Si el término es esencial, ¿el retraso o la demora imputable al promotor podría actuar como causa de resolución del contrato? La STS de 20 de enero de 2015 así lo admitió con base en lo previsto por la Ley 57/1968; una postura que se podría sostener actualmente puesto que el incumplimiento del contrato se plantea cuando no se produce la entrega de la vivienda o la construcción no llega *«a buen fin»* en el plazo acordado. Si esto fuera así, no cabría hablar de un promotor moroso; solo de un incumplimiento definitivo. La llegada del plazo acordado sería causa determinante de la ineficacia del contrato de modo automático. Sin embargo, si el adquirente no solicitara la resolución del contrato ante el vencimiento de la fecha acordada, estaría renunciando a su derecho al plazo otorgado y a su naturaleza esencial, si el promotor aún puede entregar la vivienda y satisfacer con ella el interés del acreedor, en cuyo caso ¿aquel podría ser considerado como moroso si reuniera las condiciones que califican este estado? Entiendo que sí.

El legislador no solo aborda el incumplimiento definitivo —situación que se produce cuando no se inicia la construcción en el plazo pactado—, sino también el cumplimiento defectuoso del contrato al considerar que la construcción debe llegar *«a buen fin en el plazo convenido»*. ¿Cabría pensar que tienen acogida situaciones basadas en los defectos de construcción de la vivienda, que por resultar sustanciales, pueden derivar en una resolución del contrato y, por tanto, en la restitución de las cantidades anticipadas por el adquirente de aquel? Conforme a una interpretación finalista, se debería optar por una respuesta negativa a esta cuestión. Una vivienda llegará *«a buen fin»* cuando se expida la cédula de habitabilidad o documento equivalente que permita su ocupación por parte del adquirente⁵⁰. Su ausencia será causa de incumplimiento del contrato ya que no se producirá la entrega de la vivienda en los términos previstos por el artículo 1462 del Código Civil: poner *«en poder y posesión del comprador»* el bien adquirido.

El objetivo del seguro de caución o del aval solidario no es garantizar el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la ejecución de la prestación, aspecto que habría que ponderar en función de lo pactado (por ej., analizar las calidades empleadas en la construcción). Su finalidad es otra: asegurar la restitución de las cantidades anticipadas por motivos vinculados a la falta de ejecución del contrato por vencimiento del plazo establecido, ya sea porque no se ha producido ningún acto positivo de entrega, ya sea porque la entrega pretendida no libera al promotor al no concurrir los requisitos sustanciales que permiten extinguir su obligación⁵¹. Y esto puede suceder cuando el interés del

adquirente de la vivienda no se ve satisfecho porque no puede usar y disfrutar de la vivienda en el caso de que el promotor no obtenga la licencia de primera ocupación. Ahora bien, al respecto, la STS de 9 de octubre de 2013 precisa lo siguiente: «la falta de licencia no resulta impedimento para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros». No siempre la legislación autonómica atribuye carácter esencial a esta licencia. Siendo esto así, se admite la formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de edificación con el correspondiente certificado final de obras⁵². La propia jurisprudencia atribuye un carácter accesorio a la obligación de obtener la licencia de ocupación, y no una naturaleza esencial, salvo que se haya pactado expresamente lo contrario. Sin embargo, si su falta impide el uso de la vivienda, no se habrá producido la entrega y, por tanto, tampoco la incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente «a efectos urbanísticos». ¿Cómo repercute la situación descrita en el adquirente de la vivienda?

Si la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento similar no se expide por causas imputables a la Administración (por ej., retrasos en su expedición), habrá incumplimiento del término esencial pactado en el contrato, pero el promotor no será responsable del mismo⁵³. Solo lo será cuando no se conceda la licencia por no reunir las condiciones fijadas por la normativa urbanística oportuna. Entonces, ¿puede el adquirente de la vivienda solicitar la resolución del contrato por incumplimiento y ejecutar las medidas de aseguramiento para recuperar las cantidades anticipadas en el primer supuesto? Para dar una respuesta adecuada a esta pregunta habría que preguntarse por el contenido de la acción de resolución por incumplimiento. Si su ejercicio requiere un incumplimiento imputable al promotor, o basta con que concurre la falta de cumplimiento. Conforme a lo previsto por el artículo 1105 del Código Civil, no parece admisible el caso fortuito o la fuerza mayor como contingencia a tener presente, salvo que se haya pactado lo contrario o la ley lo tenga en cuenta. Por consiguiente, el adquirente podrá resolver el contrato e intentar recuperar las aportaciones realizadas solo si existe un incumplimiento imputable al promotor.

¿Cabría incluir el concurso de acreedores de la promotora como siniestro en un contrato de seguro o como hecho que fundamenta la ejecución del aval? No; no podrá ejecutarse directamente como si se tratara de un incumplimiento de la promotora. Habrá que instar la resolución por incumplimiento del contrato durante el procedimiento concursal para poder dirigirse, después, contra la aseguradora o la entidad bancaria. Una vez declarado el concurso, la resolución del contrato se ha de solicitar siempre por vía judicial, por los trámites del incidente concursal, sin que quepa resolución extrajudicial, lo que significa que no se puede acudir directamente contra la entidad garante si existe una declaración de concurso previa (art. 62.1. Ley Concursal)⁵⁴. Solo si antes de la declaración de concurso, el comprador hubiese requerido notarialmente o manera indubitable al promotor su voluntad de resolver, podrá dirigirse contra el garante

directamente para solicitar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta⁵⁵. Una vez restituidas las cantidades oportunas al adquirente de la vivienda, el garante tendrá una acción de reembolso contra la promotora, y la naturaleza de su crédito dependerá de si la resolución del contrato por incumplimiento se ha producido antes o después de la declaración de concurso de acreedores⁵⁶.

b) La ejecución de las garantías

Según lo previsto por los apartados h) y b) de los párrafos 1 y 2 del número Dos de la disposición adicional primera de la LOE, si la construcción no se inicia o no llega a buen fin, el adquirente de la vivienda podrá reclamar al asegurador o al avalista la restitución de las cantidades anticipadas a cuenta; «siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor» para su devolución y este, «en el plazo de treinta días» no haya cumplido con lo que le corresponde. Una de las novedades que aporta el legislador es la desaparición del carácter ejecutivo del aval o del contrato de seguro que el artículo 3 de la Ley 57/1968 establecía. De acuerdo con ello, ¿cómo debemos interpretar estos nuevos términos⁵⁷.

Aunque no es requisito imprescindible el requerimiento notarial al promotor porque el legislador no se expresa en este sentido, sí es cierto que la reclamación debe resultar clara y manifiesta⁵⁸. Se colige también que el adquirente de la vivienda no puede dirigirse directamente contra la aseguradora o el avalista si antes no ha reclamado al promotor la devolución de las cantidades anticipadas como sujeto obligado que es. Solo puede «reclamar directamente el asegurador [o al avalista] cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor»; y esto puede suceder cuando la promotora se ha extinguido. Se infiere pues la previa resolución del contrato ya que la obligación restitutoria de las aportaciones adelantadas surge como efecto de aquella⁵⁹. Esta idea encaja con una medida de aseguramiento como es el seguro de caución, pero ¿cómo se conjuga esto con la naturaleza solidaria del aval? El promotor es el obligado a restituir las cantidades anticipadas tras la resolución del contrato por incumplimiento, siendo sus efectos restitutorios los que van a justificar la responsabilidad atribuida tanto al avalista como a la aseguradora. No estamos ante unas garantías a primer requerimiento por lo que no basta la mera reclamación del adquirente de la vivienda.

Ni el seguro de caución, ni el aval, garantiza la entrega de la vivienda. Tampoco que esta cumpla con las condiciones objetivas pactadas. Para ello, la LOE prevé otras medidas de aseguramiento aplicables a los diferentes agentes que intervienen en la edificación. En cambio, sí corresponde al asegurador o al avalista cumplir con una prestación pecuniaria que se fundamenta en una resolución del contrato que obliga al promotor a restituir las cantidades anticipadas

a cuenta del precio de una vivienda que no ha entregado, incrementadas «*en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*».

Ante la reclamación del adquirente de la vivienda a la entidad aseguradora, esta no podrá oponerle, como asegurado que es, las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. ¿Se refiere solo a aquellas excepciones que tienen una naturaleza personal o incluye también a las de carácter real? Si esta disposición fuera un reflejo de lo previsto por el artículo 1853 del Código Civil en materia de fianza, la aseguradora podría oponer aquellas «*excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*». Siendo esto así, todos los hechos relativos a la extinción de la obligación que se garantiza, así como aquellos otros que puedan afectar a su propia existencia (por ej. la nulidad del contrato) son excepciones oponibles. También lo será una reclamación a la aseguradora sin haber exigido «*fehaciente*» al promotor su devolución o, incluso, habiendo hecho el correspondiente requerimiento, cuando este fuera extemporáneo por no respetar «*el plazo de treinta días*» fijado por la LOE para que el promotor restituya las cantidades anticipadas⁶⁰. El motivo no es otro que considerar la resolución del contrato como requisito necesario para justificar la reclamación a la aseguradora. Sin embargo, todas las excepciones que repercutan sobre la persona del tomador del seguro no serán oponibles⁶¹. Son hechos derivados de la relación entre la aseguradora y el tomador de seguro. Por ello, el legislador excluye expresamente la falta de pago de la prima por parte del promotor como excepción oponible. El propio legislador indica que es el promotor quien está obligado al pago de la prima «*por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente*»; un seguro concertado a favor de un tercero que es el adquirente de la vivienda. Puesto que los efectos de este seguro de caución se deben mantener hasta que se produzca la entrega de aquella en los plazos acordados, la entidad aseguradora ha de ser la encargada de velar por la actualización del contrato de seguro durante su vigencia. El impago de la prima por culpa del tomador del seguro permite a la aseguradora resolver el contrato o exigir el pago por vía ejecutiva con base en lo dispuesto en la póliza. Para este fin se dispone que el asegurador «*podrá comprobar (...) los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados*». Que no se utilice una terminología imperativa no significa que la entidad aseguradora no deba asumir esta obligación, ya que se le imputa una culpa *in vigilando* en la medida en que se limitan las excepciones que puede oponer ante la reclamación del asegurado.

Solo cuando el promotor no cumple con su obligación restitutoria «*en el plazo de treinta días*», a computar desde que la fecha del requerimiento «*feha-*

ciente» al promotor, se faculta al adquirente para dirigirse contra la aseguradora o el avalista, quien deberá indemnizar al asegurado o abonar las cantidades entregadas a cuenta, en su caso. Aunque el aval emitido por una entidad bancaria como garantía se constituye con carácter solidario, esto no es óbice para fundamentar este requisito, ya que este hecho es el que justifica el nacimiento de su obligación como avalista. Por ello, cuando se establece un plazo de caducidad de dos años para el aval, se dispone que comience «*a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas*»⁶². Es necesario que, tras el vencimiento del término acordado, el adquirente de la vivienda solicite la resolución del contrato, cuyos efectos restitutorios recaerán sobre el promotor, y fundamentarán la reclamación al avalista.

¿Qué debe abonar la entidad aseguradora o el avalista? Todas las cantidades anticipadas que acredeite el adquirente que fueron aportadas para la construcción de la vivienda. No serán indemnizables aquellas que no cumplan esta condición, «*aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión*».

Si la reclamación se dirige contra la aseguradora, esta deberá cumplir con la prestación que le corresponde en los plazos previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro; trascorridos los cuales aquella incurirá en mora devengándose el oportuno interés, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2017. Respecto del avalista no existe una norma paralela, en cuyo caso se le aplicarán las consecuencias derivadas de la morosidad cuando concurran las condiciones que permitan calificarle como moroso.

Una vez satisfecho el interés del adquirente de la vivienda, «*El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a estos*». No se atribuye a la entidad aseguradora una mera acción de reembolso en los términos que dispone el artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro frente al responsable del siniestro, que es el tomador del seguro, para recuperar lo abonado al asegurado. La LOE permite que se subrogue además en la posición de este último, tal y como se dispone en el artículo 1839 del Código Civil en relación con la fianza⁶³. ¿Esto significa que la compañía aseguradora tiene un derecho de reembolso junto a una acción legal de subrogación? O, por el contrario, ¿se le atribuye solo una acción de repetición reforzada a través de una subrogación en la posición del asegurado? Si adoptamos una interpretación integradora de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro habría que sostener que la aseguradora no dispone de dos facultades diversas, sino de un único derecho de reembolso *iure proprio* que le permitiría recuperar «*Todo pago hecho por el asegurador*», al igual que sucede en la fianza (art. 1838 del Código Civil). Con base en ello la aseguradora puede reclamar

no solo las cantidades abonadas al asegurado, sino también cualquier otro tipo de gasto vinculado al pago (por ej., gastos de administración); así como los daños y perjuicios, si procedieran. La subrogación en los derechos y acciones del asegurado complementa el derecho de regreso. Permite a la aseguradora disfrutar de las garantías que la posición de este le ofrece⁶⁴.

Como garantía del derecho de reembolso que se atribuye a la aseguradora, se establece una prohibición de disposición sobre la vivienda: «*el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada*». Estamos ante una prohibición legal de disponer en los términos expuestos por el artículo 26.1.^º de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, tales prohibiciones no necesitarán ninguna declaración judicial o administrativa para desprender plena eficacia jurídica, en cuyo caso «*surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio*». Se trata de limitar el poder dispositivo del promotor sobre la vivienda conforme a lo dispuesto por la ley, sin que sea necesario ningún mecanismo de publicidad. Es una limitación sobre el *ius disponendi* del propietario, que es el promotor y que abarca no solo la venta de la vivienda, sino también cualquier otro acto de naturaleza dispositiva como puede ser la constitución de un gravamen (por ej. la hipoteca). El interés que justifica la prohibición de enajenación de la vivienda es garantizar la eficacia del ejercicio del derecho de reembolso atribuible a la aseguradora; esto es, una aplicación efectiva del principio de responsabilidad patrimonial. Ahora bien, se restringe el poder dispositivo del promotor sobre la vivienda, siempre y cuando esta se construya. Pero si esta no llegara a ser edificada, ¿resulta extensible la prohibición de disponer al suelo? Para dar una respuesta adecuada no hay que olvidar que una restricción de esta naturaleza, en cuanto carga que es, y que afecta al principio de libre circulación de los bienes, no debe ser interpretada de modo extensivo. Por consiguiente, solo ha de repercutir sobre la vivienda.

c) La prórroga del contrato

Bajo el título «*Ejecución de la garantía*», el número Cuatro de la disposición adicional primera de la LOE no se aborda esta tema, sino la opción que se atribuye al adquirente cuando se produce el vencimiento del plazo pactado en el contrato, y el promotor no ha iniciado la construcción o no ha entregado la vivienda: resolver el contrato o conceder una prórroga.

En relación con la prórroga del contrato, el legislador indica que «*se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». Más que de una prórroga, se debería hablar de una novación objetiva de carácter modificativo porque altera el plazo de ejecución acordado; considerado esencial en la medida en que es su incumplimiento el acto que justifica la reso-

lución del contrato⁶⁵. No se extingue la relación contractual, ya que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1204 del Código Civil, el carácter extintivo de una novación no se presume; se debe pactar expresamente, salvo que se considere que la nueva obligación es incompatible con la antigua. Existe un *animus novandi* que se manifiesta en el interés por modificar una de las condiciones principales del contrato: su vencimiento. Y, aunque lo habitual sea que esta novación se realice por escrito, el legislador nada indica al respecto. Tan solo compele a que conste el pacto que modifica la fecha de vencimiento de ejecución de las obligaciones en «una cláusula adicional del contrato otorgado».

La novación no es admisible si el vencimiento del plazo ya se ha producido porque la relación se habrá extinguido. Esta es la razón por la que, con respecto al aval, se establece que, si transcurren dos años *«a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada»*, sin resolver el contrato y solicitar la devolución de las cantidades anticipadas, caducará esta medida de aseguramiento. Sin embargo, si llegada la fecha de vencimiento, el promotor no cumple con la obligación de entregar la vivienda, y el adquirente de la misma no opta entre resolver o prorrogar el contrato en los términos apuntados, habrá una voluntad presunta de recibirla de acuerdo a lo pactado inicialmente porque su interés, aun no satisfecho, permanece. El retraso en la entrega podría convertir al promotor en un moroso en los términos del artículo 1100, último párrafo del Código Civil, lo que se traduciría en la correspondiente compensación o aplicación de cláusula penal, en el caso de que esta se hubiera pactado. La ejecución del contrato se habría dilatado en el tiempo.

Que exista novación del contrato o mora del promotor, ¿repercute sobre las garantías pactadas? Sí, porque la novación incrementa el riesgo de los garantes al acordar un nuevo plazo de ejecución. Sin embargo, la morosidad no se constituye como un supuesto de incumplimiento definitivo. Es un cumplimiento defectuoso, admitido por el adquirente de la vivienda.

Si el adquirente de la vivienda concede una prórroga al promotor, este, según el párrafo 1. f) del número Dos de la disposición analizada, «podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga». ¿Cómo conjugar lo dispuesto por la LOE con lo establecido por el artículo 1851 del Código Civil, según el cual *«La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza»*? Una interpretación literal del artículo 1851 del Código Civil sería determinante para considerar que una alteración en cuanto al plazo de cumplimiento del contrato que garantiza, es causa de extinción si no se cuenta con el consentimiento del fiador. Sin embargo, la modificación del plazo de entrega de la vivienda, en principio, no tiene por qué extinguir las garantías. La STS de 3 de marzo de 2014 atempera la literalidad del artículo 1851 del Código Civil, al afirmar que la prórroga será motivo que justifica la liberación del fiador si la ampliación del plazo en el cumplimiento del contrato que garantiza,

le perjudica en vía de regreso. Si no es así, porque el fiador sigue respondiendo del cumplimiento del contrato en los mismos términos, la alteración en el plazo no será considerada como una prórroga en este sentido. Por idénticas razones ni se extingue el aval, ni tampoco el seguro de caución ante la novación del término final del contrato. El aval se extiende al nuevo periodo, y en cuanto al seguro se deben actualizar las primas, previa comunicación a la aseguradora. Con el lenguaje que el legislador utiliza, no parece que se pretenda atribuir al promotor la facultad de decidir si se prorroga o no los efectos del seguro de caución prescindiendo de la voluntad de la aseguradora. Más bien se admite que se pueda prorrogar el seguro de diferentes formas, entre ellas *«mediante el pago de la correspondiente prima»* como acto concluyente que aquella acepta.

4. CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS

El número Cinco de la disposición adicional primera de la LOE dispone lo siguiente: *«Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda»*. Las causas que determinan la cancelación de las garantías otorgadas parecen mostrarnos una situación jurídica de extinción de aquellas. En consecuencia, la terminología empleada por el legislador no resulta apropiada en cuando que la cancelación sirve para reflejar algo que ya ha sucedido anteriormente. Es muy propio utilizar este término en el ámbito de extinción de asientos registrales que reflejan un gravamen sobre un derecho, y que ya no tiene efectos jurídicos como carga (por ej., la obligación principal que garantiza una hipoteca se ha extinguido). Por ello, en el caso que nos ocupa, parece que lo que se incorpora bajo el título de «cancelación de la garantía» es más bien una causa de extinción que da lugar a la oportuna cancelación formal de las garantías. La cancelación tan solo refleja que el seguro de caución o el aval no desprenden los efectos correspondientes porque el interés que los justificaba ha decaído. Es un reflejo de lo previsto en el artículo 1847 del Código Civil, conforme al cual *«La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor»*. Siendo esto así, lo que el legislador prevé son excepciones oponibles tanto por la aseguradora como por el avalista ante la reclamación del adquirente de la vivienda. Razón: una vez entregada la vivienda, el interés del adquirente se ve satisfecho. Y al extinguirse el contrato principal, también hacen lo propio las obligaciones accesorias. Tema distinto es la forma de entrega de la vivienda, aspecto que debe probar el promotor (por ej., entrega de llaves, escritura pública o cualquier otro medio admitido en derecho).

Si el adquirente rehúsa «*recibir la vivienda*», esto no impide que la obligación principal se extinga. Si se cumplen las condiciones establecidas por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil, así como lo previsto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la mora del acreedor permitiría al promotor la extinción de su obligación a través de la consignación mediante, por ejemplo, la entrega de las llaves que ponen el inmueble a disposición del juez, siempre y cuando se reconozca que el objeto de la consignación puede ser un bien inmueble⁶⁶. Por consiguiente, no bastaría la negativa del adquirente para atribuir al ofrecimiento de pago hecho por el promotor efectos extintivos del contrato. Se necesitaría la resolución del juez que acreditara el cumplimiento de la obligación, bien a través de un auto si no ha habido oposición del adquirente de la vivienda, bien mediante una sentencia si se ha seguido un procedimiento contencioso por la oposición de este. A partir de este momento, las garantías se extinguirían también, pero no antes, porque la obligación principal aún sería exigible.

5. LA CUENTA ESPECIAL EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO

No es una novedad que la LOE exija al promotor percibir «*las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor (...) y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*

. La Ley 57/1968 ya preveía esta condición como medida de garantía⁶⁷.

El dinero adelantado por el adquirente de una vivienda al promotor deberá ser depositado en una cuenta especial de una entidad de crédito. El promotor podrá disponer de las cantidades anticipadas si su destino es sufragar gastos derivados de la construcción de vivienda. En consecuencia, son cantidades afectas a una finalidad concreta: la edificación. Pero, ¿quién está legitimado para fiscalizar los gastos llevados a cabo por el promotor con cargo a dichas cantidades? Quienes están interesados en que las cantidades ingresadas cumplan con la finalidad apropiada, que no es otra que la construcción de la vivienda: las entidades que actúan como garantes, el propio adquirente y la entidad bancaria en la que se depositan las cantidades anticipadas. Para ello se les atribuye ciertas herramientas. El número 2 en su letra g) de la disposición adicional primera permite a la aseguradora, durante la vigencia del seguro, comprobar los documentos y los datos del promotor-tomador que guardan relación con las obligaciones contraídas con los asegurados. Y, aunque respecto del avalista nada se establece sobre ello, cabe una aplicación analógica de lo previsto para la aseguradora. En cuanto al adquirente, se puede deducir una protección de su interés a través de lo previsto en el número Seis de la citada disposición, ya que

es obligatorio hacer constar en la publicidad de la promoción de las viviendas lo siguiente: «*el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley*», términos con los que se le reconoce su derecho a constatar una actuación acorde a lo exigido.

Para la apertura de la cuenta especial en una entidad de crédito, se exige, «*bajo su responsabilidad*», que esta convine al promotor a aportar las garantías exigidas por la LOE en cuanto a la devolución de las cantidades entregadas por el adquirente de la vivienda. Se le faculta para inquirir sobre el destino del dinero depositado a fin de procurar que este se dedique a la construcción de la vivienda. «*Bajo su responsabilidad*» son términos que imputan a la entidad bancaria las consecuencias derivadas del incumplimiento de estas obligaciones legales, por culpa *in vigilando*. La STS de 21 de diciembre de 2015 se pronunció con claridad en este sentido: «En la compraventa de viviendas (...) las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad»⁶⁸. La STS de 29 de junio de 2016 deja claro que no pueden recaer sobre el comprador las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte del promotor de su obligaciones legales, como tampoco «las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en las que el promotor tenga abierta cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas».

No se debe atender a una interpretación rigorista y formalista de la Ley cuando «la cuenta del promotor se encuentra en la misma entidad de crédito que le concede el préstamo para la construcción», siendo esta también la que le avala por las obras de urbanización con respecto a los ingresos que recibía a cuenta de la vivienda adquirida. En este sentido, las entidades de crédito no son terceros ajenos a la relación que se establece entre el adquirente y el promotor⁶⁹. Aunque la STS de 16 de enero de 2015 aportó también un matiz al atribuir responsabilidad solo a aquella entidad en la que se depositaran las cantidades anticipadas, que podría coincidir, o no, con la que concediera un préstamo dedicado a la edificación.

La jurisprudencia ha analizado el concepto de «*cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor*», y sobre él la STS de 13 de enero de 2015 ha considerado que el hecho de que el comprador no ingresara las cantidades anticipadas en la cuenta especial, no era causa bastante para excluir la cobertura del seguro. Razón: se consideraba una obligación impuesta al vendedor y no al adquirente de la vivienda⁷⁰. Incluso, la entidad de crédito es responsable de esta situación cuando, tal y como sostuvo la STS de 21 de diciembre de 2015, «la entidad supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las

viviendas de la promoción». Tenía «la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, incurriendo en caso contrario en la responsabilidad específica que establece la norma»⁷¹.

No se infiere de los términos empleados por el legislador que solo se tenga que depositar en una cuenta especial las cantidades percibidas por el promotor tras la obtención de la licencia de edificación. En consecuencia, si el abono realizado por el adquirente de la vivienda se vincula a su construcción porque este así lo manifiesta, se deberá cumplir con esta obligación legal. La finalidad del dinero anticipado por quien adquiere la vivienda resulta determinante para sostener esta postura ya que con ello lo que se pretende es financiar su construcción.

¿Es solidaria la responsabilidad que se exige a la entidad bancaria con respecto a la que se atribuye al sujeto garante del cumplimiento de la obligación restitutoria? No debería tener esta naturaleza si no se determina así expresamente por el legislador. Si las garantías están constituidas, son los garantes quienes deben responder, aunque las cantidades no se hayan ingresado en una cuenta especial⁷². La entidad de crédito responde de la devolución de las cantidades anticipadas, no como garante, sino en virtud de su falta de diligencia profesional en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LOE. Se le imputa una responsabilidad de origen legal en cuanto a la devolución de todas las cantidades ingresadas en la entidad por el adquirente de una vivienda con el ánimo de abordar *«las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas»*, si no ha exigido al promotor las correspondientes garantías. No exigir la apertura de una cuenta especial, así como la constitución de las garantías oportunas al promotor, permite al adquirente de la vivienda reclamar a la entidad bancaria su devolución. Tal y como ha sostenido la STS de 23 de noviembre de 2017, basta con que la entidad bancaria conozca o estén en disposición de conocer que se están produciendo ingresos a cuenta del precio de viviendas en construcción, para que se le exija la correspondiente responsabilidad. Por ello, aunque la percepción de las cantidades anticipadas *«a través de entidades de crédito»* permite preconstituir una prueba y facilitar el control sobre su uso, resulta conveniente que el adquirente atribuya al pago realizado una finalidad que justifique su causa: gastos de edificación⁷³. No se puede extender la responsabilidad a aquellas cantidades entregadas en efectivo por el adquirente de una vivienda y, por ello, la reciente STS de 28 de febrero de 2018 libera a la entidad de crédito por ser hechos probados *«su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor»*, al no constar documentalmente que se ingresaran en una cuenta de aquella.

Finalmente, en relación con la responsabilidad exigible a las entidades financieras, ¿cuándo prescribe la acción que permite al adquirente de la vivienda reclamarles por incumplimiento de su obligación legal? El Tribunal Supremo, en las sentencias de 16 de enero de 2015 y de 28 de febrero de 2018, se inclina por

aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales que, de acuerdo, con lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil es actualmente de cinco años⁷⁴.

III. CONCLUSIONES

I. Que la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE incorpora una serie de matices en relación con las garantías exigibles al promotor inmobiliario por las cantidades anticipadas durante el proceso de construcción de una vivienda, que modifican lo dispuesto hasta entonces por la derogada Ley 57/1968. Entre ellas cabe destacar que solo se imponen medidas de aseguramiento legales en cuanto al dinero percibido por el promotor *«desde la obtención de la licencia de edificación»*.

II. Que el promotor actúa como sujeto obligado con respecto a unas obligaciones que, conforme a la jurisprudencia, se definen como esenciales. Mientras, las aseguradoras o las entidades de crédito deben ser calificadas como garantes porque su función es asegurar o afianzar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de la vivienda, en el caso de que el promotor no cumpla con la obligación que le corresponde. Todo ello sin olvidar que el dinero adelantado por el adquirente de una vivienda al promotor deberá ser depositado en una cuenta especial de una entidad de crédito, y que aquel podrá disponer de las cantidades anticipadas solo si su destino es sufragar gastos derivados de la construcción de vivienda. Si no fuera así, se le impondrá las correspondientes sanciones administrativas; o incluso se le podrá imputar un delito de apropiación indebida por distraer tales cantidades a otros fines diversos, siempre y cuando no entregue la vivienda, ni pueda restituir el dinero recibido de manera definitiva. A estos efectos se compone a las entidades de crédito a fiscalizar el destino del dinero anticipado y a exigir al promotor las garantías debidas, obligaciones de las que responderán por culpa *in vigilando*.

III. Que el sujeto destinatario de las medidas de aseguramiento previstas por la disposición adicional primera LOE es el adquirente de una vivienda pendiente o en construcción; un término que no es equivalente al de comprador. El legislador se refiere al contrato de compraventa con un carácter ejemplificador, pero en ningún caso con un ánimo exhaustivo. Por ello se incluye al cooperativista, quien puede exigir las medidas tuitivas destinadas a garantizar la recuperación de las cantidades anticipadas a la cooperativa, siempre que no se trate de solventar una cuestión relacionada con una baja voluntaria. Del mismo modo, tampoco determina qué finalidad debe tener la vivienda adquirida, a diferencia de lo que sucedía en la derogada Ley 57/1968, en cuyo caso no existe óbice alguno para incluir al inversor, siempre que no actúe como empresario o profesional.

IV. Que se incorpora como novedad la obligación de suscribir una «una póliza de seguro individual por cada adquirente», abandonando el sistema de doble póliza. Y que el aval exigible no se constituye como una garantía a primer requerimiento o a primera demanda. De la constitución y naturaleza de las garantías que debe aportar el promotor, así como de la cuenta especial en la que debe abonar las cantidades anticipadas, se debe informar al adquirente de la vivienda, dejando constancia del reconocimiento de un derecho a ser informado a través de la forma del contrato, al obligar al promotor a incluir «expresamente» una serie de menciones obligatorias en el mismo.

V. Que el incumplimiento definitivo del promotor permite al adquirente optar entre dos situaciones: la rescisión del contrato o la prórroga del mismo. Una rescisión que debe definirse como una resolución por incumplimiento; y una prórroga que se constituye como una novación objetiva de carácter modificativo al alterar el plazo de ejecución acordado en el contrato de obra. Junto al incumplimiento definitivo —situación que se produce cuando no se inicia la construcción en el plazo pactado—, está presente también el cumplimiento defectuoso del contrato al considerar que la construcción debe llegar «*a buen fin en el plazo convenido*», situación que se producirá cuando se expida la cédula de habitabilidad o documento equivalente que permita su ocupación por parte del adquirente.

VI. Que una vez satisfecho el interés del adquirente de la vivienda, «*El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a estos*», precepto que se debe interpretar a la luz de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro a fin de sostener que la aseguradora dispone de derecho de reembolso *iure proprio* que le permitirá recuperar «*Todo pago hecho por el asegurador*».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas.
- DÍAZ PARDO, G. (2008). Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2-22.
- JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 632-647.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.

- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, 80-98.
- MARTÍNEZ SANZ, F. (2010). Seguro de caución y aval para garantizar la devolución de cantidades entregadas a cuenta en caso de concurso de la promotora. En F. González Castilla y R. Marimón Durá, (dir.) *Estudios de Derecho del Mercado Hipotecario*, Valencia, Universitat de València, 867-978.
- PORTELLANO DÍEZ, P. (2015). El seguro de caución indirecta, *Revista Española de Seguros*, núm. 161, 29-56.

V. JURISPRUDENCIA

- STS de 6 de octubre de 1989.
- STS de 30 de diciembre de 1998.
- STS de 8 de marzo de 2001.
- STS de 15 de julio de 2005.
- STS de 16 de enero de 2006.
- STS de 25 de octubre de 2011.
- STS de 28 de marzo de 2012.
- STS de 10 de diciembre de 2012.
- STS de 5 de febrero de 2013.
- STS de 11 de abril de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 19 de julio de 2013.
- STS de 13 de septiembre de 2013.
- STS de 9 de octubre de 2013.
- STS de 13 de septiembre de 2013.
- STS de 22 de noviembre de 2013.
- STS de 29 de enero 2014.
- STS de 3 de marzo de 2014.
- STS de 6 de marzo de 2014.
- STS de 5 de mayo de 2014.
- STS de 7 de mayo de 2014.
- STS de 24 de abril de 2014.
- STS de 30 de abril de 2014.
- STS de 25 de noviembre de 2014.
- STS de 6 de enero de 2015.
- STS de 13 de enero de 2015.
- STS de 16 de enero de 2015.
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 30 de abril de 2015.
- STS de 9 de septiembre de 2015.

- STS de 15 de septiembre de 2015.
- STS de 21 de diciembre de 2015.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS (Sala Segunda) de 12 de febrero de 2016.
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de 1 de junio de 2016.
- STS de 21 de junio de 2016.
- STS de 24 de junio de 2016.
- STS de 29 de junio de 2016.
- STS de 29 de junio de 2016.
- STS de 12 de julio de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- STS de 12 de septiembre de 2016.
- STS de 21 de diciembre de 2016.
- STS de 2 de febrero de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 23 de mayo de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 5 de junio de 2017.
- STS de 26 de octubre de 2017.
- STS de 16 de noviembre de 2017.
- STS de 19 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- STS de 19 de diciembre de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 18 de enero de 2018.
- STS (Sala Segunda) de 25 de enero de 2018.
- STS de 28 de febrero de 2018.
- STS (Sala Segunda) de 20 de marzo de 2018.
- STS de 21 de marzo de 2018.

NOTAS

¹ A partir de ahora LOE.

² Las Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia y las condiciones a cumplir para quien se dedica a la promoción de viviendas. En este sentido, la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, de Extremadura; la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda, de La Rioja; la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de Cataluña; las Leyes 9/2010, de 30 de agosto, del derecho de vivienda y 10/2013, de 16 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda de Castilla y León; la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; y la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de vivienda de Murcia.

³ No hay que olvidar la referencia que el artículo 16 LOE hace a los propietarios y usuarios en los siguientes términos: «*1. Son obligaciones de los propietarios conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que esta cuente. 2. Son obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización*

adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada. Con ello se hace referencia al Código Técnico de Edificación.

⁴ No se trata de asegurar la ejecución del contrato sino de garantizar la restitución de las cantidades anticipadas en el caso de su resolución por incumplimiento.

⁵ El legislador precisó que la Ley 57/1968, y sus disposiciones complementarias, continuaban aplicándose «en el caso de viviendas» con ciertas modificaciones. Una de ellas era aquella que sometía a esta normativa la promoción de viviendas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, aunque ya el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, había ordenado la aplicación de la Ley 57/1968 a las Comunidades y Cooperativas de viviendas. La otra extendía la garantía «a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario», cuyo pago se domiciliaría en una cuenta especial prevista en la Ley. Se garantizaba la devolución de las cantidades entregadas «más los intereses legales del dinero vigentes» hasta el momento en que aquella se hiciera efectiva.

⁶ En concreto, la Ley 20/2015, de 14 de julio, al añadir una disposición adicional tercera con el fin de adaptar el nuevo régimen introducido en la disposición adicional primera de la LOE, señala que «*Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la ... Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción” de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*».

⁷ La Ley de 14 de julio de 2015 entró en vigor el 1 de enero de 2016. Se planteó si el nuevo régimen en relación con la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción se aplicaba a todas las obras de construcción o solo a aquellas cuyos proyectos solicitaran la licencia de edificación a partir del 1 de enero de 2016. Para dar respuesta a esta pregunta, la disposición transitoria tercera de la LOE determina cómo adaptar el régimen introducido por la disposición adicional primera de la LOE: «*Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por (...) la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción” de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*».

⁸ El artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, señala que para que los promotores de VPO puedan percibir de los adquirentes cantidades anticipadas durante el periodo de construcción, se debe haber otorgado la calificación provisional.

⁹ Ello, aunque el Decreto 3114/1968 ya había extendido las medidas previstas por la Ley 57/1968 a las promociones realizadas en régimen de comunidad o de cooperativas. Posteriormente, el artículo 1.1.d) del Real Decreto 2018/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda, ya estableció la obligación de la cooperativa de garantizar las cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial.

¹⁰ Alega también la falta de concreción del plazo de entrega de la vivienda, así como una información defectuosa sobre todas las gestiones relativas a la adquisición de la misma.

¹¹ Las SSTS de 13 de septiembre de 2013, de 30 de abril de 2014 y 16 de enero de 2015, obligan a la cooperativa a asegurar la devolución de las cantidades entregadas por los socios, incluso en la fase inicial o embrionaria de adquisición de solar.

¹² En cuanto a la aseguradora, la LO incluye a todas las entidades autorizadas para operar en España, que son aquellas que hayan obtenido la preceptiva autorización administrativa de

la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. El avalista debe ser una entidad de crédito debidamente autorizada. El artículo 6.4. de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, establece que «*Los establecimientos financieros de crédito no podrán captar fondos reembolsables del público*», teniendo en cuenta que, pese a que son unas empresas que no tienen la consideración de entidad de crédito, desarrollan actividades tales como la concesión de préstamos u créditos, así como la concesión de avales y garantías, entre otras actividades.

¹³ *Vid.*, artículos 53 y 54 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana 7/2015, de 30 de octubre.

¹⁴ En el concepto de «adquirente» que emplea la LOE cabría incluir también a quienes actúan como titulares temporales en los términos empleados por la Ley 19/2015, de 29 de julio, de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, de Cataluña. Se adquiere un dominio que se califica como temporal porque su eficacia está limitada en el tiempo. La propiedad pertenece al propietario temporal, ya que el titular sucesivo no lo es hasta que se le transmite el dominio una vez llegado el vencimiento del término acordado. Por tanto, la propiedad temporal actúa como una carga para aquel a quien el legislador denomina como titular sucesivo. Sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, 80 y sigs.

¹⁵ Precisamente, en la STS de 22 de noviembre de 2013 se plantea un caso de esta naturaleza. Se adquiere una vivienda con plaza de aparcamiento de nueva construcción, y se paga una parte del precio con la entrega de otro inmueble. La parte recurrente alega que no se aplica la Ley 57/68 porque parte de aquél no se abona en dinero o mediante efecto cambiario. Aunque el Alto Tribunal no entra a valorar este asunto. Tan solo examina que la falta del aval o seguro es inoperante porque cuando la compradora lo reclama, la obra ya había concluido.

¹⁶ También la STS de 21 de junio de 2016. La STS de 21 de marzo de 2018 declara inaplicable la Ley 57/1968 a una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliario que adquiere una serie de apartamentos turísticos con una finalidad inversora.

¹⁷ El cheque, como título mercantil, vincula a una Entidad bancaria al pago de una determinada cantidad por orden de sus clientes y con cargo a la cuenta bancaria de este último. Por tanto, actúa no solo como medio de pago, sino también como sustitutivo del pago en efectivo, en el caso de los cheques conformados y aquellos de naturaleza bancaria. Pero no tendría la misma función en el resto de cheques, salvo buen fin.

¹⁸ *Vid.*, CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas, 466.

¹⁹ La STS de 6 de octubre de 1989 ya estableció que «La letra de cambio en sí no es más que un documento de tipo formal cuya causa no está en el documento mismo, sino en los contratos de orden civil y cambiario que la han precedido, es decir, en un instrumento sustitutivo del pago en numerario, como medio de liquidar un contrato subyacente».

²⁰ *Vid.*, JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 643.

²¹ En este caso, cuando el Banco inicia el proceso cambiario, que la empresa vendedora de la vivienda fuera declarada en concurso de acreedores y que, a causa de ello, los compradores solicitaran la resolución del contrato por incumplimiento, no actuó como excepción oponible a la entidad bancaria. Se le consideró a esta como un tercero cambiario ajeno al contrato de compraventa al que no se le debían aplicar las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 ni de la LOE.

²² Ante la ausencia de un plazo fijado por las partes que determine la eficacia del pacto de arras, podrá ser el juez quien lo determine conforme a la finalidad del mismo y al tipo de contrato.

²³ La STS de 13 septiembre de 2013 condenó a una compañía aseguradora a la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación. El Alto Tribunal rechazó la tesis del «Tramo I» y «Tramo II» como

práctica aseguradora, conforme a la cual los seguros del «Tramo I» garantizarían tan solo que las cantidades aportadas por los cooperativistas se dedicaran a sufragar los gastos de la promoción en su fase inicial; mientras que los del «Tramo II» son los que se configurarían como el seguro de caución previsto por la Ley 57/1968, y dirigido, por tanto, a garantizar «el buen fin» de la construcción. En este caso, el Tribunal Supremo dio prevalencia a la idea de que el seguro de caución documentado en una póliza global servía para garantizar la devolución de todas cantidades entregadas si la construcción no llegaba a «buen fin». En ellas tendría cabida «la compra de terrenos, el comienzo de las obras, su terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas», quienes son los asegurados en caso de que el tomador del seguro (la cooperativa) incumpla con sus obligaciones legales o contractuales. Que los certificados individuales entregados a los cooperativistas no garantizaran el buen fin de la promoción de viviendas, ni su entrega, resultó irrelevante. Razón: el riesgo asegurado por el seguro de caución es el fracaso del proyecto de la cooperativa.

²⁴ Alguna autora (LÓPEZ SAN LUIS, R., 2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2359) sostiene que esto puede desincentivar la promoción e inversión en obras por falta de financiación.

²⁵ La jurisprudencia en relación con lo dispuesto por la Ley 57/1968 mantenía una postura distinta. La STS de 25 de octubre de 2011 consideró que la protección se establecía solo en relación con la adquisición de una vivienda que se constituyera en «morada». No tenía cabida la protección del inversor. Abundó en esta idea la STS de 26 de octubre de 2017 que excluyó al comprador de tres viviendas en construcción por perseguir una finalidad inversora. Existían indicios determinantes de que la finalidad del comprador no era «la de constituir su domicilio en las viviendas ni tampoco la de dedicarlas a residencia de temporada, accidental o circunstancial». La Ley no se aplicaba al inversor, fuera o no profesional.

²⁶ Aunque el artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, ya incluye esta previsión: que las cantidades anticipadas se apliquen a la construcción; que se ingresen en una entidad bancaria a disposición del promotor con tales fines; que en los contratos de compraventa consten estas condiciones.

²⁷ El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre la aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, exigía las mismas garantías a las cantidades dedicadas a la adquisición del solar que a las destinadas a la construcción del edificio.

²⁸ SSTS (Sala Segunda) de 16 de enero de 2006 y de 28 de marzo de 2012.

²⁹ La STS de 16 de noviembre de 2017 ya lo dejó claro. Resulta imposible que la víctima pruebe que el promotor ha dispuesto de las cantidades anticipadas para fines distintos de la construcción, «burlando manifiestamente sus obligaciones de garantía y separación», cuando el dinero entregado se confunde con su patrimonio.

³⁰ En el supuesto analizado por la reciente STS (Sala Segunda) de 20 de marzo de 2018 se imputa un delito de estafa al promotor por reclamar a los compradores el abono de ciertas cantidades haciéndoles creer que las obras de promoción iban a continuar, cuando, en realidad, no tenía propósito alguno de realizarlas. Se aprovecha «de la confianza y la buena fe del perjudicado», sin que en ningún momento tuviera el ánimo de cumplir con lo acordado. Defrauda el interés de los compradores, sin que en ningún momento devolviera las cantidades recibidas.

³¹ Se mantienen las mismas garantías exigidas por la Ley de 1968. En este caso el legislador se refería al contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros y al aval solidario prestado por «*Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Cajas de Ahorro*».

³² SSTS de 25 de octubre 2011, de 10 de diciembre de 2012, de 5 de febrero de 2013, de 11 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 29 de enero de 2014, de 7 de mayo de 2014,

de 6 de enero de 2015, de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 15 de septiembre de 2015, de 12 de julio de 2016 y de 2 de febrero de 2017.

³³ También la STS de 11 de abril de 2013.

³⁴ La SPA de Bizkaia (Sección 4.^a) de 25 de abril de 2015 estima la acción resolutoria ejercida por el comprador pues «aun cuando las obras estaban terminadas y las viviendas en disposición de ser entregadas en fecha anterior a la de interposición de la demanda, es indiscutido que la vendedora incumplió la obligación de constituir los avales sobre las cantidades entregadas a cuenta y también que antes de que finalizara la construcción de la vivienda, los compradores solicitaron la resolución del contrato manifestando que querían separarse del proyecto y solicitaron la devolución del dinero entregado a cuenta, lo que significa que pretendieron la resolución del contrato y tal resolución es conforme a derecho».

³⁵ STS de 6 de enero de 2015.

³⁶ Las STS de 23 de diciembre de 2015 y 21 de diciembre de 2016 analizan la protección que merece el adquirente cuando se ha concertado una póliza colectiva bajo el régimen de la Ley 57/1968, pero no se ha emitido el correspondiente certificado individual de aseguramiento. La entidad bancaria concertó una línea de avales y, por tanto, debía conocer (o estaba en condiciones de hacerlo) los contratos de compraventa cuyos pagos anticipados garantizaba. Ello le hace responsable, junto al promotor, en cuanto a la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor.

³⁷ Según, la STS de 8 de abril de 2016, la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales son asumidos por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, lo que les legitima para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968. Ahora bien, la ausencia de avales individuales no impide la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, a los compradores al amparo de la existencia de una póliza colectiva.

³⁸ El legislador prescinde de la doble póliza, la colectiva y la individual, con respecto a lo cual la STS de 24 de octubre de 2016 ya advirtió que el comprador no es responsable de que el promotor, «a cuenta de una actuación gravemente negligente o dolosa», no requiriera los certificados o avales individuales. Significa que, ante la reclamación de aquel, las pólizas colectivas servían para asegurar la devolución del importe de la suma anticipada. El certificado o aval individual emitido por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores, tan solo les legitimaba para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva en los términos que establecía la Ley 57/1968. En el mismo sentido ya se habían pronunciado las SSTS de 3 de julio de 2013, de 7 de mayo de 2014, de 22 de abril y 23 de septiembre de 2015, y de 21 de diciembre de 2016.

³⁹ No obstante, la STS de 22 abril 2015 precisó que el avalista no puede oponer las excepciones del artículo 1853 Código Civil y que debe devolver las cantidades anticipadas.

⁴⁰ La STS de 7 de mayo de 2014 refuerza la posición del adquirente ya que atribuye una cierta autonomía a la figura del aval pero en el sentido siguiente: «una vez se accredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval», no cabe plantearse si la demora es excesiva o no, porque la ley no permite que se oponga. Incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas, y no recurrir a lo dispuesto por el artículo 1853 Código Civil.

⁴¹ ¿Cómo se ha acercado el seguro de caución a las garantías bancarias? Se ha buscado hacer inoponible frente al acreedor (el asegurado) las excepciones que pudieran surgir tanto de la relación subyacente (la existente entre el deudor/tomador y el acreedor/asegurado) como de la relación entre el deudor/tomador y la aseguradora, y ello se podría denominar como seguro de caución a primer requerimiento [vid. PORTELLANO DÍEZ, P. (2015). El seguro de caución indirecta, *Revista Española de Seguros*, núm. 161, 41].

⁴² Las SSTS de 3 de julio de 2013, de 25 de noviembre de 2014 y de 1 de junio de 2016, dejaron claro que el aval debía comprender la totalidad de las cantidades anticipadas, extenderse en el tiempo hasta que la vivienda se entregara y contara con la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación.

⁴³ Si la entidad financiera hubiera considerado que su aval se había vuelto más gravoso por razón de la venta de las viviendas en construcción, debería haber pedido revelación o aseguramiento de la fianza. Al no hacerlo, hay que pensar que ha consentido expresamente el cambio de promotor. Siendo esto así, la entidad financiera no queda liberada del aval por haber asumido la promoción inmobiliaria una entidad distinta a la avalada: conoció y consintió la operación de cambio de promotor. Significa que, pese al cambio de promotor, los compradores pueden reclamar a la entidad avalista ante la falta de entrega de las viviendas compradas.

⁴⁴ El artículo 5 de la derogada Ley 57/1968 ya incluyó esta medida.

⁴⁵ El párrafo c) del número Dos de la disposición adicional primera de la LOE indica que «*Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente*». Los términos que emplea el legislador no deben ser interpretados de modo exhaustivo. Tan solo se refiere al supuesto habitual.

⁴⁶ *Vid.* artículos 63, 64 y 100 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴⁷ ¿Resulta el mutuo disenso una situación equiparable a la que se produce cuando un socio se da de baja en una cooperativa? Sí, siempre y cuando se cumpla la misma condición: que la baja se produzca una vez cumplido el plazo acordado. Según al SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 21 de octubre de 2016, que aborda el tema de la baja de un socio en una cooperativa. Si no se hubiera establecido plazo fijo de entrega, habrá que estar al estimado, pues la cooperativa está obligada a fijar un plazo de terminación y la entidad financiera está obligada a exigirlo. La falta de plazo no puede perjudicar al adquirente de la vivienda. Si de lo que se trata es de que la baja del cooperativista sea automática porque se produce la disolución y liquidación concursal de la cooperativa, entonces ni siquiera cabe hablar de mutuo disenso; ni siquiera de baja puesto que lo que el socio pasa de tener un crédito contra la masa con objeto en la adquisición, a tener un crédito ordinario con objeto en la restitución de las aportaciones anticipadas. La SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 25 de noviembre de 2016, así lo sostiene: el avalista no responde frente al comprador en caso de que se extinga el contrato por mutuo disenso cuando este se produce antes del incumplimiento del plazo por la promotora. Significa que la extinción del contrato no se basa en el incumplimiento del mismo. Ahora bien, si lo que se produce es un incumplimiento del objeto social de la cooperativa (proporcionar a los socios viviendas), provocado por su concurso, disolución y liquidación concursal, sin que se haya producido la edificación, no existir mutuo disenso y, por tanto, no se podrá privar al comprador de la legitimación para solicitar la devolución de las cantidades anticipadas.

⁴⁸ Véase los supuestos que el legislador prevé en el artículo 1291 Código Civil como ejemplo de ello.

⁴⁹ Sobre el tema DÍAZ PARDO, G. (2008). Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico, *Actualidad Civil*, núm. 13, 1345-1367.

⁵⁰ El párrafo a) del número Tres se refiere al término inicial o final de la obra «*en los plazos convenidos que se determinen en el contrato*», pero también tiene en cuenta que «*no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda*» como causas que justifican la resolución del contrato.

⁵¹ La entrega se puede producir conforme a las diferentes formas admitidas por el Código Civil, aunque la habitual sea la escritura pública. Por supuesto, la STS de 5 de mayo de 2014 deja claro que no existe falta de entrega por el promotor cuando es el adquirente quien se niega a recibir la construcción, aunque ésta esté terminada y en disposición de ser entregada por concurrir la correspondiente cédula de habitabilidad; ello, aunque esto se produzca después de la fecha estipulada. En el mismo sentido se pronuncian las STS de 20 de enero de 2015 y 10 de septiembre de 2015.

⁵² La STS de 9 de octubre de 2013 analiza qué sucede cuando no se ha pactado expresamente el carácter esencial de la falta de licencia de primera ocupación respecto del contrato de compraventa de un bien inmueble en construcción. Si ello es motivo para impedir la resolución por incumplimiento del contrato solicitada por el comprador. O si, por el contrario, es una obligación meramente accesoria de tal forma que no pueda justificar la resolución del contrato. Y al respecto afirma que entre las lógicas expectativas del comprador está la de «recibir la cosa en tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado en que se hallaba al estipularse el contrato y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor». Ha declarado el Tribunal Supremo que la licencia de primera ocupación «no tiene más finalidad que contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede utilizarse para el uso a que se le destina». Es un compromiso que asume el constructor-vendedor con la Administración que está obligada a expedir dicha licencia de modo reglado y no con carácter discrecional.

⁵³ En la STS de 12 de septiembre de 2016 se analiza los efectos de un contrato de compraventa anulado por vicio de consentimiento contra la entidad promotora y su aseguradora porque en el momento de suscribir el contrato de compraventa, la parte vendedora no había informado a la compradora de la existencia de un litigio que afectaba al instrumento urbanístico sobre el que se asentaba el inmueble: se pedía la nulidad del decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura que daba cobertura legal urbanística al complejo en el que se asentaba la vivienda. El TS sostiene que la entrega debe cumplir con las condiciones jurídicas oportunas que garanticen la posesión legal y pacífica al comprador.

⁵⁴ *Vid.*, MARTÍNEZ SANZ, F. (2010). Seguro de caución y aval para garantizar la devolución de cantidades entregadas a cuenta en caso de concurso de la promotora. En F. González Castilla y R. Marimón Durá, (dir.) *Estudios de Derecho del Mercado Hipotecario*, Valencia, Universitat de València, 972 y 973.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ El crédito del garante será concursal ordinario o crédito contra la masa (arts. 87.6. y 62.2.4.^º Ley Concursal) (*Ibidem*, 975).

⁵⁷ En relación con la Ley 57/1968, la STS de 20 de enero de 2015 admitía que el comprador se dirigiese «simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento». En la misma línea las SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014.

⁵⁸ Conforme a este precepto, «*Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cessionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6% de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». En tal caso, se añade que el contrato de seguro o el aval unido al documento «fehaciente» en que se acredeite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos previstos por la Ley para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cessionario tuviera derecho (por ej., podríamos presentar un acta notarial de presencia en el lugar de las obras que acredeite que, próximo a vencer el plazo acordado o ya vencido este, las obras no están terminadas).

⁵⁹ Las SSTS de 7 de mayo de 2014 y 22 de abril de 2015 se pronuncian sobre si es necesario, o no, la previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante en el ámbito de la Ley 57/1968. En cuanto al avalista el Alto Tribunal sostiene que se trata de una figura autónoma por lo que, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas».

La entidad de crédito tiene que abonar las cantidades, «debidamente reclamadas y entregadas a cuenta», una vez incumplido el plazo de entrega de la vivienda.

⁶⁰ Cuando se produce una cesión del contrato de compraventa de vivienda hay que tener presente que el seguro debe incluir este contrato; ahora bien, se debería necesitar el consentimiento del asegurador por los cambios que se producen. Se excluye de la cobertura del seguro la mala fe del tomador del seguro y la negativa del asegurado a recibir la vivienda, una vez terminada la construcción claro está en los plazos acordados y con las condiciones pactadas; una vez obtenida la cédula de habitabilidad o calificación definitiva (no basta la provisional).

⁶¹ Ni siquiera que las cantidades entregadas por adquirente de la vivienda no estén ingresadas en una cuenta especial en una entidad de crédito. La STS de 30 de abril de 2015 exigió su devolución, aunque estuvieran en una cuenta bancaria, «sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales». En consecuencia, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, y así lo recoge la STS de 13 de enero de 2015, que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, «dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor».

⁶² La acción de reclamación frente a la aseguradora debería tener establecido un plazo de prescripción de dos años, que es el que se establece para el seguro de daños en el artículo 23 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, ya que la LOE no se ha pronunciado en otro sentido.

⁶³ En relación con el avalista que ha restituido las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda, habrá que recurrir al Código Civil, cuyos artículos 1.838 y siguientes contemplan el derecho de reembolso y la correspondiente subrogación en los derechos del acreedor.

⁶⁴ El artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro solo se refiere al derecho de reembolso. La subrogación no está presente en relación con el seguro de caución, como sí lo está con respecto a la fianza (arts. 1838 y 1839 del Código Civil). Sin embargo, con respecto al aval sí se produce una subrogación en el crédito del comprador. No parece oportuno sostener en vía de regreso situaciones distintas para el seguro y el aval; máxime cuando estamos ante un seguro próximo a la naturaleza de la fianza.

⁶⁵ El término prórroga se vincula más bien a la extensión de los efectos del contrato más allá de un plazo pactado no considera como esencial.

⁶⁶ Es cierto que se discute sobre si es posible o no la consignación de un bien inmueble por los efectos extintivos que esta conlleva.

⁶⁷ Ahora se incluye expresamente «*el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa*».

⁶⁸ La compradora demanda a la promotora y a la entidad bancaria en ejercicio de una acción de rescisión del artículo 3.1. de la Ley 57/1968. Pretende una condena solidaria a los efectos de restituir las cantidades entregadas a cuenta del precio más intereses desde la fecha del primer ingreso». *Se les condena en primera instancia porque se basa en el artículo 1.2. de la Ley 57/1968:* la entidad sabía que las transferencias en la única cuenta abierta en favor de la promotora se destinaban al pago de las viviendas compradas. Por tanto, estaba obligada a velar por el cumplimiento de la legalidad vigente: apertura de cuenta especial y constitución de garantías para la devolución de las cantidades entregadas. En segunda instancia se considera que no existe obligación legal que imponga a la entidad de crédito el deber de exigir la apertura de una cuenta especial por ser esto una obligación exclusiva de la promotora.

⁶⁹ En consonancia con lo dispuesto por las SSTS de 13 y 16 de enero de 2015, y de 30 de abril de 2015, en el mismo sentido STS de 9 de marzo de 2016, 1 de marzo y 23 de noviembre de 2017.

⁷⁰ Por este motivo, la STS de 30 de abril de 2015 entiende que la entidad crediticia avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como decía el aval, sino también de todos los demás ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad. En el mismo sentido, la STS de 15 de julio de 2005 ya consideró contrario al principio de buena fe exigir al ad-

quirente demostrar que ha cumplido con «el requisito de la entrega de cantidades anticipadas a la promotora mediante ingreso en cuenta corriente específica. Si la aseguradora «emitió el aval al pagar un plazo del precio aplazado, es evidente que la emisión estaba conectada con la entrega de la cantidad». Aunque el aval se emitió sin controlar que el ingreso del pago en la cuenta especial, es una responsabilidad imputable a la aseguradora, que no se preocupaba en absoluto por que se cumpliese lo ordenado en la Ley 57/68, y que avalaba, no obstante.

⁷¹ La STS de 30 de diciembre de 1998 ya abordó la idea de que la apertura de la cuenta especial y su correcta llevanza no era responsabilidad de los asegurados. En consecuencia, que se haya establecido el seguro caución por el promotor tiempo muy posterior al contrato de compraventa, no es impedimento para que los adquirentes puedan recuperar las cantidades entregadas.

⁷² STS de 30 de abril de 2015.

⁷³ El artículo 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, dispone que. «*No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de 15.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional*». La STS de 24 y 29 de junio de 2016 y de 16 noviembre de 2016 liberan a la entidad receptora cuando los pagos realizados por el comprador se realizan sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria o entidad avalista.

⁷⁴ La SAP de Burgos (sección 3.^a) de 15 enero 2014 atribuye una naturaleza extracontractual a la acción y aplica el plazo de prescripción de un año.

(Trabajo recibido el 8-5-2018 y aceptado para su publicación el 29-5-2018)